STUDIER I KÖPRÄTT

Uppsala 1970

I
Allmänt om hävning

II
Detentionsrätt och temporär avvisningsrätt

III
Hävning vid successiv leverans

IV
Hävning då köparen inte kan återställa godset

ANNA CHRISTENSEN

TAN&C

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Studier i köprätt

I Allmänt om hävning
II Detentionsrätt och temporär avvisningsrätt
III Hävning vid successiv leverans
IV Hävning då köparen inte kan återställa godset

with
a summery in English

Akademisk avhandling

som med tillstånd av vittlagfarna juridiska fakulteten i Uppsala för vinnande av juris doktorsgrad till offentlig granskning framställes å universitetets lärosal IX lördagen den 23 maj 1970 kl. 10 f. m.

av

Anna Christensen

jur. lic. av Stockholms nation

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548912_0074

Studier i köprätt

I Allmänt om hävning
II Detentionsrätt och temporär avvisningsrätt
III Hävning vid successiv leverans
IV Hävning då köparen inte kan återställa godset

with
a summary in English

av
Anna Christensen

P. A. Norstedt & Söners förlag
Stockholm

Tryckt på Boktryckeri AB Thule, Stockholm 1970

Innehåll

1 Kapitlet. Allmänt om hävning 1

I. Om begreppet hävning

1. Hävning som en samlingsbeteckning på vissa *rättsföljder* 1
2. Vilka rättsföljder innefattas i begreppet? 3
3. Hävningsrättsföljden anknuten till ett *kontraktsbrott* 4
4. Den *enhetliga* skandinaviska hävningsrättsföljden (jämförelse med utomskandinavisk rätt, där man utbildat flera olika hävningsrättsföljder); a. hävning förutsätter inte vållande hos gäldenären, b. hävning även vid brott mot "garantiförpliktelser", c. hävning kan kombineras med skadestånd för positiva kontraktsintresset 5
5. Preliminärt om hävningspåföljdens innehåll jämfört med andra kontraktsbrottspåföljder; hävning som rätt att avvisa eller vägra erlägga *naturaprestation* och/eller rätt att vägra erlägga *den egna prestationen* 8

II. Om hävningens rättsgrund 10

A. Allmänt om teoriernas inflytande på hävningsreglerna 10

B. Några olika hävningsteorier och deras betydelse för hävningsreglerna . 14

1. Hävning som *den avtalade rättsföljden;* teorin om det tysta resolutiva villkoret, uppfattningen att löftet till själva sitt innehåll avser prestation mot vederlag 14
2. Capitants cause-lära 17
3. Kontraktsbrottet som *en felaktig förutsättning;* den skandinaviska förutsättningsläran tillämpad på kontraktsbrottsfall, särskilt om väsentlighetsbedömningen 18
4. Tro och hedersprincipen, vederlags- eller ekvivalensprincipen . . . 24

C. Ändamålssynpunkter bakom de köprättsliga kontraktsbrottspåföljderna 26

1. Den *reparativa* funktionen; hävningens ekonomiska effekt i relation till den genom kontraktsbrottet uppkomna skadan 27
2. Den *preventiva* funktionen 30
3. Påtryckningsfunktionen 31
4. Säkerhetsfunktionen 32
5. Synpunkten att reglerna skall vara *lätta att tillämpa* för parterna själva 34

III. Om hävning och andra kontraktsbrottspåföljder i olika typsituationer . 36

A. Totalhävning

1. Ekvivalensförhållandet mellan parternas prestationer, hävningens "inbyggda anpassningsmekanism", hävning som en *indirekt* metod att uppnå den avsedda ekonomiska effekten 36

2. Hävningens reparativa effekt omfattar ej hela skadan; ej det övervärde gäldenärens prestation kan ha i borgenärens hand 37
3. Hävningens ekonomiska effekt då det förutsatta ekvivalensförhållandet mellan parternas prestationer ej (längre) föreligger; a. prisförändringar, b. beställningsköp, c. värdeförlust i godset på grund av vådahändelse eller köparens förfogande 39
4. Kostnader och förluster vid hävningens genomförande 41
5. Sammanfattande om hävning jämfört med skadestånd, återknytning till diskussionen om definition av begreppet hävning 42
6. För- och nackdelar med hävningspåföljden jämfört med andra påföljder 43

B. Partiell hävning 44
1. Definition
2. Rättsföljdens innehåll i vissa situationer; hur stor del av köpeskillingen belöper å den del av godset som omfattas av hävningen? . . 45
3. Partiell hävning liksom totalhävning en *indirekt metod* att uppnå den önskade ekonomiska effekten 46
4. Den ekonomiska effekten av partiell hävning jämfört med totalhävning 48
5. Synpunkten att domstolen ej får "påtvinga parterna ett nytt avtal", den preventiva aspekten 48
6. Partiell hävning då godset förlorar i värde genom delning 49

C. Prisnedsättning 50
1. Påföljdens innehåll; relativa och absoluta beräkningsmetoder . . . 50
2. Bör prisnedsättning enligt en relativ metod uppfattas som ett slags ersättning eller som ett partiellt hävande av köpet? 52
3. Den ekonomiska effekten av prisnedsättning enligt en relativ metod jämfört med andra påföljder i olika typsituationer 53
4. Skäl för och emot användning av den relativa metoden vid beräkning av prisnedsättning; a. vid kvalitetsavvikelser, b. vid kvantitetsavvikelser 56
5. Prisnedsättning vid kvantitetsavvikelser hos gods som förlorar i värde genom delning och vid beräkning av det belopp köparen skall betala vid en partiell hävning avseende sådant gods 59

IV. Köplagens regler om påföljdsvalet 61
1. Inledning; syftet med framställningen 61
3. Culpaprincipen vid skadestånd och anledningen till att någon motsvarande begränsning ej gäller hävningsrätten 62
4. Väsentlighetskravet vid hävning och frågan om hävningens omfattning; klargörande av problemställningarna och frågornas inbördes sammanhang 63
5. Väsentlighetskravet; a. vilken *mätningsmetod* skall användas? förutsättningsläran, konkret eller abstrakt metod? b. *hur omfattande eller betydelsefullt* enligt den använda mätningsmetoden skall kontraktsbrottet vara för att medföra hävningsrätt? väsentlighetsregeln som en *standard,* c. väsentlighetsregeln som en *intresseavvägning* . 65

6. Omfattningen av borgenärens hävningsrätt begränsad vid köp av olika specieting eller varuslag 74
7. Borgenärens rätt att begränsa hävningen till viss del av godset; a. kan den partiella hävningen avse viss del av prestation som i sin helhet är fördröjd eller felaktig? b. kan gäldenären motsätta sig att hävningen begränsas till viss del av godset då en sådan begränsning vållar honom skada eller olägenhet? c. köparen får inte "skumma varan" 76

2 Kapitlet. Detentionsrätt och temporär avvisningsrätt 79

I. Allmänt om detentionsrätt och temporär avvisningsrätt 79
1. Detentionsrätt; definition och avgränsning mot annan innehållanderätt 79
2. Detentionsrättens motsvarigheter i tysk, fransk och engelsk rätt . . 82
3. Detentionsrättens funktion; påtryckningsfunktionen och säkerhetsfunktionen 84
4. Detentionsrätt kan ej avvärjas genom ställande av säkerhet; skälen härför 86
5. Temporär avvisningsrätt; definition och avgränsning mot annan avvisningsrätt, avvisningsrättens bakgrund de lege lata och dess funktion 88

II. Detentionsrättens och avvisningsrättens temporära karaktär; sambandet med rätten att kräva fullgörelse 90
1. Gäldenärens prestation är omöjlig att fullgöra, ekonomisk och praktisk omöjlighet, chikan 90
2. Detentionsrätt och temporär avvisningsrätt vid faktiskt fel i godset; a. bestämt gods; grundsatsen att säljaren ej är skyldig att avhjälpa fel, b. leveransavtal; säljaren skyldig att leverera felfritt gods, rätten till fullgörelse dock begränsad av väsentlighetsregeln 92

III. Detentionsrättens och den temporära avvisningsrättens omfattning; sambandet med hävningsrätten 99
1. Detentionsrättens omfattning; enligt huvudregeln åtminstone lika omfattande som hävningsrätten 99
2. Detentionsrätten vid successiv leverans 101
3. Avvisningsrättens omfattning; liksom detentionsrätten åtminstone lika omfattande som hävningsrätten 108

IV. Den temporära avvisningsrätten och väsentlighetsregeln 109
1. Den traditionella regeln om total avvisningsrätt 109
2. Sambandet mellan temporär avvisningsrätt och regler som begränsar hävningsrätten; kan den temporära avvisningsrätten vara mer omfattande än hävningsrätten? väsentlighetsregeln contra rätten till riktig fullgörelse 110
3. Kontraktsstridiga krav; väsentlighetsregeln gäller inte, skälen härför, med kontraktsstridiga krav analoga fall 116

4. Kan detentionsrätten vara mer omfattande än hävningsrätten, även när borgenären tagit emot erbjuden del av gäldenärens prestation? . 121

3 Kapitlet. Hävning vid successiv leverans 125

I. Översiktlig framställning av de särskilda reglerna om successiv leverans . . . . . .
Inledning; särskilt om den använda deskriptiva metoden 125

A. Säljarens kontraktsbrott 127
1. Huvudregeln att hävningsrätten omfattar (endast) den fördröjda eller felaktiga posten 127
2. Förfångsregeln; skillnad jämfört med väsentlighetsregeln; vilka omständigheter skall beaktas? hur stort skall förfånget vara? 129
3. Kan gäldenären motsätta sig att borgenären väljer den av flera möjliga påföljder som i det konkreta fallet vållar gäldenären skada? 133
4. Köparens rätt att — då hans hävningsrätt är mer omfattande — begränsa hävningen till ej kontraktsenligt levererad post eller till kommande poster 137

B. Köparens kontraktsbrott 138
1. Relationen mellan 28 och 29 §§; kan säljaren även vid successiv leverans häva köpet i delar som inte berörs av kontraktsbrottet med stöd av 28 §? 138
2. Övriga frågor 140

II. Teorier och ändamålsskäl bakom huvudprincipen att hävningsrätten och detentionsrätten är begränsad till ej kontraktsenligt levererad eller betald post 142

A. Teorin om de olika posterna som skilda avtal; divisible contracts i engelsk rätt 143

B. Ändamålsskäl bakom de olika reglerna om påföljdsrättens begränsning vid successiv leverans 147
1. Regeln att köparen ej kan häva beträffande *redan levererade poster;* särskilda skäl mot hävning då de levererade posterna inte kan återställas; trygghetssynpunkten, man bör inte riva upp en faktiskt etablerad situation 147
2. Regeln att hävning ej kan ske beträffande *ännu ej förfallna poster* 150
3. Regeln att *detentionsrätten* är begränsad till vederlaget för den post som inte levererats eller betalats kontraktsenligt 154

III. När är reglerna om successiv leverans tillämpliga? 160

A. Vad fordras med avseende på avtalets innehåll om hur godset skall levereras och/eller med avseende på hur leverans faktiskt skett? . . 160
1. De särskilda hävningsreglerna *direkt* tillämpliga endast vid *skyldighet* att leverera och/eller utta godset successivt 160
2. Fråga om *analog* tillämpning av dessa regler då köparen, *utan att vara skyldig härtill,* tar emot delprestation 162
3. Måste köparen reklamera vid mottagandet av delleverans för att bevara sin hävningsrätt? 164

4. Närmare om innebörden av att godset *skall* levereras i olika poster 167

B. Vilken betydelse för påföljderna av ett kontraktsbrott bör tilläggas avtalets bestämmelser om hur betalningen skall erläggas? 169
1. Huvudregeln att betalning skall erläggas särskilt för varje post . . 169
2. Är regeln om hävningsrättens begränsning i 22 § förenlig med en överenskommelse om att betalning skall erläggas *först* sedan allt godset levererats?, förslag till särskilda regler om hävning då sådan överenskommelse träffats 170
3. Vid betalning i intervaller gäller samma regler som vid betalning särskilt för varje post 173

C. Ytterligare frågor rörande tillämpningsområdet för reglerna om successiv leverans 174

IV. Om rätt att häva på grund av anteciperat kontraktsbrott 176

A. Allmänt om rätten att häva i förtid
1. Skäl för och emot att ge borgenären rätt att häva i förtid; den *skadeförebyggande effekten* hos regler som ger borgenären sådan rätt . 176
2. Huvudregeln om hävning på grund av anteciperat kontraktsbrott . . 179
3. Specialfall av anteciperat kontraktsbrott; a. omöjlighetsfallen, b. gäldenärens vägran att erlägga prestation, c. underlåtenhet att vidta förberedande åtgärder, d. köparens insolvens 180
4. Right to Adequate Assurance of Performance enligt UCC 189

B. Rätten att häva i förtid vid successiv leverans 190
1. Hävningsrättsföljden anknuten till den vid tidpunkten för hävningen föreliggande *risken* för kontraktsbrott 190
2. Vad är orsaken till *skillnaden* mellan rätten att häva i förtid vid och utanför successiv leverans och mellan köparens och säljarens rätt att häva i förtid vid successiv leverans? 193
3. Särskilt om *rättstekniska överväganden;* det redan inträffade kontraktsbrottet som *presumerande faktum* 197

C. Kontraktsbrottets svårighetsgrad och rätten att häva för framtiden . . 204
1. Kan omständigheterna kring det inträffade kontraktsbrottet tilläggas direkt rättslig betydelse för rätten att häva i förtid? a. köparens hävningsrätt, b. säljarens hävningsrätt 204
2. Särskilt om tillämpning av 29 § då betalningsdröjsmålet ej beror på insolvens eller ovilja att fullfölja avtalet 213

V. Sammanfattande om de olika reglerna om rätt att häva för framtiden 216
1. Kritisk bedömning av köplagens lösning 216
2. Rättsutvecklingen på området i engelsk och amerikansk rätt; "repudiation" 219
3. Diskussion; förslag till nya lösningar 228

4 Kapitlet. Hävning då köparen inte kan återställa godset 233
Inledning; redovisning av vissa utgångspunkter i undersökningen; hävningens reparativa funktion, kritik av retroaktivitetskonstruktio-

nen och tillämpningen av berikelserättsliga grundsatser; vissa klargöranden och begreppsdefinitioner i anslutning till 57, 58 §§; disposition

I. Om hävning då köparen förfogat över godset 242

A. När utgör köparens förfogande hinder för hävning? 243
1. Redogörelse för köplagens bestämmelser 244
2. Utomskandinavisk rätt; olika sätt att med utgångspunkt från allmänna obligationsrättsliga grundsatser begränsa köparens hävningsrätt då han förfogat över godset; avtalsrättsliga grundsatser, förfogandet som en kränkning av säljarens intresse i godset, principen om venire contra factum proprium 246
3. Skuldtanken i skandinavisk rätt 254
4. Kritik av skuldtanken. Utgångspunkten bör i stället vara hävningens reparativa funktion och inom kontraktsrätten i övrigt accepterade grundsatser om skadevållares ansvar. Säljarens hävningsansvar bör i princip vara begränsat till skador *orsakade av kontraktsbrottet* samt skador, kostnader och risker *förbundna med hävningspåföljdens genomförande* 256
5. Genomprövning av den uppställda principlösningen på olika typer av förfoganden över godset; a. undersökningsåtgärder och förberedande åtgärder, b. vårdslös hantering, c. konsumtion och användning, d. vidareförsäljning, e. förfogande över kontraktsenlig delprestation 260
6. Är den förordade principlösningen förenlig med köplagens text och motiv? Rättspraxis 269
7. Kommer den förordade begränsningen av hävningsrätten i konflikt med reparationssynpunkten? förslag till kompromisslösning, substantial performance i engelsk och amerikansk rätt 273
8. Speciella problem vid användning av den inom skadeståndsrätten utbildade metoden för fastställande av orsakssamband; a. adekvansproblemet, b. problemet med flera självständigt verkande skadeorsaker 279

B. När medför köparens förfogande ersättningsskyldighet? 284
Inledning
1. Utomskandinavisk rätt 285
2. Skandinavisk rätt 289
3. Förf:s egen ståndpunkt; kritik av skuldtanken, köparens ersättningsskyldighet som en begränsning av säljarens hävningsansvar 291
4. Finns det några särskilda skäl som talar emot att ålägga köparen ersättningsskyldighet? 293
5. Vinstgrundsatsen som grund för köparens prestationsskyldighet vid hävning och som bestämmande faktor vid fastställandet av ersättningsskyldighetens omfång 295

C. Hinder för hävning eller ersättningsskyldighet för köparen? 300
1. De båda påföljderna jämförs med avseende på ekonomisk effekt och tillvägagångssätt då godset inte till någon del kan återställas . . 301

2. Vilken påföljd skall inträda då godset kan återställas, ehuru ej i oförändrat och oförminskat skick? Väsentlighetsregeln i 57 § . . . 301
3. 57 § och köparens rätt att begränsa hävningen till viss del av godset 303
4. Påföljdens utformning vid oväsentliga kvantitetsavvikelser; partiell förlust av hävningsrätten eller ersättningsskyldighet 308
5. Vissa situationer där, oaktat den inträffade förändringen i godset är väsentlig, ersättningsskyldighet är en lämpligare påföljd än förlust av hävningsrätten 310

II. Om hävning då godset förändrats genom vådahändelse eller sin egen beskaffenhet 314

A. Faran för godset före hävningen 315
1. Utomskandinavisk rätt 315
2. Analys och kritik av bakgrunden till fareregeln i 58 § 316
3. Allmän redogörelse för olika regler om faran för godset i svensk rätt 319
4. Parts kontraktsvidriga beteende och faran för godset; särskilt om culpacasusregeln 321

B. Faran för godset efter hävningen 327
1. Utomskandinavisk rätt; särskilt om motiveringen bakom reglerna och reglernas relation till andra fareregler inom respektive rättssystem 327
2. Enligt vilka riktlinjer bör man lösa frågan om faran för godset efter hävningen; berikelserättsliga grundsatser, regler om faran i ömsesidigt förpliktande avtal, res perit dominoregeln? 329
3. Jämförelse mellan 17 § och 58 § 331

C. Hävning då godset förändrats genom sin egen beskaffenhet 334
1. Förändringen beror på egenskap som samtidigt utgör fel i godset. . 334
2. Förändringen beror på egenskap som ej utgör fel i godset; särskilt om innebörden av att felet skall ha uppkommit *allenast* genom godsets egen beskaffenhet 335

III. Särskilda regler om hävning i utomskandinavisk rätt då hävningsanledningen ej är ett kontraktsstridigt beteende 339
Rättsförhållandets avveckling enligt BGB:s regler om obehörig vinst (Saldoteorin), rescission och särskilda regler om rättsförhållandets avveckling vid "frustration" i engelsk rätt

Förkortningar

A.C.	Se litteraturförteckningen under Law Reports
AcP	Archiv für die civilistiche Praxis (Tüb.)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
C.c.	Code civil
FAL	Försäkringsavtalslagen
FB	Föräldrabalken
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
HR	Häradsrätten
HøjR	Højesteret (Danmark)
HøyR	Høyesterett (Norge)
IntKöpL	Enhetlig lag om internationella köp av lösa saker
JustR	Justitieråd
JZ	Juristenzeitung (Tüb.)
K.B.	Se litteraturförteckningen under Law Reports
KöpL	Köplagen
LagmR	Lagmansrett
L.R.	Se litteraturförteckningen under Law Reports
M.L.R.	The modern law review (Lond.)
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avd. I
NJA II	Nytt Juridiskt Arkiv, avd. II
NJMF	Förhandlingar vid nordiska juristmöten
NRev	Nedre justitierevisionen
NRt	Norsk Rettstidende
Q.B.	Se litteraturförteckningen under Law Reports
RabelsZ	Rabels Zeitschrift fur ausländisches und internationales Privatrecht
Rev. trim.	Revue trimesterielle de droit civil (Paris)
R.R.	Rådhusrätt
Scand. Studies	Scandinavian Studies in Law
SGA	Sale of Goods Act
SvJT (rf)	Svensk Juristtidning (rättsfallsavdelningen)
TfR	Tidsskrift for rettsvidenskap
U	Ugeskrift for Retsvæsen, afd. A
UCC	Uniform Commercial Code
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen, afd. B
U.S.	United States Reports
VL	Vestre Landsret
ØL	Østre Landsret

Förord

Denna avhandling har tillkommit på juridiska institutionen i Uppsala. Min ämneslärare, professor Svante Bergström, och professor Per Olof Ekelöf har båda under hela avhandlingstiden gett mig värdefull hjäp och uppmuntran och slutligen gått igenom hela avhandlingen i manuskript. Med min make Per Christensen, har jag kunnat diskutera främst metodspörsmål, vilket har bidragit till klargörandet av viktiga frågor. Professor Jan Hellner i Stockholm har vid olika tillfällen gett mig råd och anvisningar.

Den juridiska institutionen i Uppsala har kunnat erbjuda en i flera hänseenden stimulerande arbetsmiljö. Särskilt vill jag nämna de diskussioner om juridik och andra frågor som under senare år dagligen förts i institutionens doktorandrum. Flera av doktoranderna har också gett mig direkt hjälp med avhandlingsarbetet.

Fru Ruth Thärnström har skrivit rent manuskriptet. Amanuensen Pär Persson har hjälpt till med korrekturläsning och upprättande av rättsfallsregister.

Jur. lic. Ulf Holmbäck har svarat för översättningen av sammanfattningen till engelska.

Till alla dem som på olika sätt hjälpt mig under avhandlingsarbetet vill jag här rikta ett varmt tack.

Uppsala i april 1970
Anna Christensen

Inledning

Det första som bör sägas är att detta inte är någon monografi. Boken består av fyra kapitel, av vilka det första ger en allmän bakgrund till de olika problem som tas upp i de tre följande kapitlen. Dessa sistnämnda kapitel kan mycket väl läsas fristående från varann, men de olika problem som tas upp har dock en viss inre samhörighet. Det är hela tiden fråga om i vilka avseenden rätten att häva ett köp påverkas av hur långt avvecklingen av köpet hunnit fortskrida när hävningspåföljden skall utövas. Även det andra kapitlet, som har rubriken detentionsrätt och temporär avvisningsrätt, hör hemma under denna problemställning. Rätten att *temporärt* innehålla den egna prestationen och avvisa motpartens och rätten att *definitivt* innehålla och avvisa samma prestationer, d v s häva köpet, hänger så nära ihop att frågorna måste lösas i ett sammanhang. Det är fråga om vilka särskilda befogenheter som tillkommer borgenären, när kontraktsbrottet inträffar innan prestationerna hunnit utväxlas. Också de särskilda reglerna om hävning vid successiv leverans, om vilka andra kapitlet handlar, sammanhänger med den speciella situation som då föreligger, när kontraktsbrottet inträffar och hävningspåföljden skall utövas. En del av prestationsskyldigheten har kanske redan fullgjorts, medan andra delar varken fullgjorts eller *bort* fullgöras. I det fjärde kapitlet, slutligen, behandlas de problem som uppkommer när avvecklingen fortskridit så långt att prestationerna inte *kan* återställas.

Jag har redan sagt att boken inte får betraktas som en monografi. Den bör inte heller betraktas som tre eller fyra mindre monografier. Inget av kapitlen fyller de anspråk på fullständighet som kan ställas på en monografi. Problemen har valts ut och behandlats från en annan utgångspunkt än den uttömmande insamling och redovisning av allt tillgängligt material på ett välavgränsat område som brukar utmärka just doktorsavhandlingar.

En viktig del av arbetet har bestått i att påvisa att delar av det köprättsliga påföljdssystemet bygger på förlegade föreställningar om påföljdsreglernas ändamål. Hävning har i skandinavisk rätt och även i flera utomskandinaviska rättssystem kommit att anknytas till villkors- och förutsättningslärorna. Man har i en verklig eller hypotetisk partsvilja sökt finna hållpunkter för att kontraktsbrott skall medföra häv-

att det köprättsliga påföljdssystemet bör ha en viss inre kontinuitet. Man bör inte utan skäl frångå den lösning av den behandlade intressekonflikten som kommit till uttryck i en huvudregel på området. Vill man i en viss typsituation göra undantag från huvudregeln, bör man kunna påvisa särdrag i denna typsituation som motiverar undantaget. Det fjärde kapitlet handlar om situationer, där man knappast kan åstadkomma några mer påtagliga nyttoeffekter genom att utforma reglerna på det ena eller det andra sättet. Målsättningen måste då begränsas till att finna regler som står i överensstämmelse med eljest accepterade grundsatser på obligationsrättens område. Det stora tomrum som uppstår när man tar bort konstruktionen om avtalets retroaktiva upplösning fyller jag t ex ut genom en analogi från skadeståndsrätten.

Vid sidan av de nu beskrivna sätten att angripa problemen använder jag också en mer bunden argumentationsteknik, där detta låter sig göra. De är emellertid givet att mer bundna lagtolkningsmetoder har en mycket begränsad användbarhet på ett område där reglerna tillkommit under inflytande av en teoribildning, som numera måste betraktas som ohållbar. Rättspraxis är alldeles för sparsam för att kunna lämna något mer väsentligt bidrag till lösningen av de i avhandlingen behandlade problemen. Av det sagda framgår att jag ägnar relativt litet utrymme åt att söka fastställa vad som är "gällande rätt" i frågor där lagtexten lämnar utrymme för flera olika tolkningsalternativ eller i vart fall ger domstolarna ett visst spelrum. Dock skiljer jag mellan de lege lata och de lege ferenda såtillvida, att jag söker fastställa i vad mån de av mig förordade lösningarna är förenliga med lagtextens ordalydelse och klara uttalanden i tryckta förarbeten.

Jag har arbetat med i huvudsak känt material. Beträffande skandinavisk rätt har jag gått igenom litteraturen och de tryckta rättsfallssamlingarna, dock ej längre tillbaka än 1930 utom beträffande de i NJA I fullständigt referade målen. Formulärrätten har jag inte behandlat.

Avhandlingen innehåller också en del material från engelsk, tysk och fransk rätt och jag har även beaktat Uniform Commercial Code och den enhetliga lagen om internationella köp av lösa saker. Det utländska materialet har använts i vissa bestämda syften. I den utländska rätten kan man ofta lättare urskilja de teoretiska hjälpkonstruktioner, som måste ha påverkat hävningsreglerna även i Skandinavien, ehuru de här inte blivit lika klart utformade. Det sätt på vilket man i utländsk rätt löst frågan kan ibland användas som ett led i argumentationen för eller emot en viss lösning. Slutligen har jag i några fall kunnat anknyta till en i den utländska doktrinen förd diskussion i de frågor som behand-

ningsrätt. Detta betraktelsesätt är numera övergivet. Att en viss teori om en regels rättsgrund överges behöver emellertid inte föra med sig att man också tar avstånd från och omformar regelns innehåll till den del detta bestämts av den övergivna teorin. Utformningen av regeln kan ha hunnit bli allmänt accepterad och uppfattas nu som självklar, och sambandet mellan utformningen av regeln och den numera förkastade teorin observeras inte. På snart sagt varenda punkt där jag finner att den regel som gäller (eller åtminstone antas gälla) inte är ändamålsenlig kan regelns innehåll föras tillbaka på villkors- eller förutsättningslärorna eller andra juridiska hjälpkonstruktioner, som tillkommit för att göra det möjligt att infoga regeln i det vedertagna juridiska begreppssystemet.

Vad har jag nu att sätta i stället för de juridiska hjälpkonstruktioner som, enligt vad jag påstår, har medfört en icke ändamålsenlig utformning av rättsreglerna? Hur vet man över huvud att reglerna inte är ändamålsenliga? Att den förklaring som anförs till stöd för en viss regel visar sig vara ohållbar behöver ju inte betyda att själva regeln inte är ändamålsenlig. Den kanske stöds av ändamålsöverväganden som inte kommer till uttryck i förklaringen.

I vissa fall tycker jag nog att regelns bristande ändamålsenlighet framstår rätt tydligt, så snart man tar bort den teoretiska hjälpkonstruktion, ur vilken regeln härletts. Det gäller t ex den regel som påstås gälla om detentionsrätten vid successiv leverans och även den tolkning av 58 § KöpL som förordas av doktrinen. I andra fall förefaller själva regeln ganska förnuftig — åtminstone vid första påseendet — men redan det förhållandet att den *motiverats* på ett ohållbart sätt bör föranleda en närmare undersökning av om dess innehåll verkligen står i överensstämmelse med en modern uppfattning om hävningsreglernas funktion.

Vid undersökningen av denna fråga har jag använt mig av litet olika metoder beroende på de behandlade problemens skilda karaktär. I andra kapitlet är det främst en teleologisk metod som kommit till användning. Jag anser mig kunna fastställa att detentionsrätten och den temporära avvisningsrätten bör fylla en påtryckningS- och säkerhetsfunktion, och med denna utgångspunkt har det varit möjligt att lösa en del oklara spörsmål. Beträffande de frågor som behandlas i tredje kapitlet ligger svårigheten främst i att företa en riktig avvägning av mot varandra stående intressen. Här fungerar den teleologiska metoden inte lika bra. Det är ofta inte möjligt att fastställa vilken av flera tänkbara lösningar som ger det mest ändamålsenliga resultatet. Man måste då falla tillbaka på andra metoder. Det tredje kapitlet präglas kanske främst av tanken

las i arbetet. Undersökningen av den utländska rätten har inte förts längre än som varit nödvändigt för att tillgodose dessa syften. Detta innebär att jag i huvudsak kunnat bygga på de gängse obligationsrättsliga framställningarna.

1 kapitlet

Allmänt om hävning

I Om begreppet hävning

1 I uttrycken "häva avtalet" och "häva köpet" avspeglas uppfattningen att hävningen i första hand drabbar själva avtalet och blott indirekt de prestationer som enligt avtalet skall erläggas. Reglerna om hävning på grund av kontraktsbrott beskrivs i en treledskonstruktion, i vilken "avtalets upplösning" skjuts in som en följd av kontraktsbrottet och som grund till hävningsrättsföljden. Kontraktsbrottet i kombination med en hävningsförklaring medför att avtalet upplöses, och avtalets upplösning medför i sin tur att avtalade prestationer icke skall erläggas eller återbäras, om de redan är erlagda.

I skandinavisk rätt förhåller man sig numera skeptisk till dylika treledskonstruktioner. I den mellan Ekelöf, Strahl och Ross m fl förda diskussionen om de s k mellanbegreppen var man på ett tidigt stadium på det klara med att "mellanbegreppet" icke kunde uppfattas som någonting fristående från rättsfaktum och rättsföljd, och diskussionen kom att röra frågan om mellanbegreppen betecknade rättsfaktum eller rättsföljd, bådadera eller eventuellt ingenting alls.[1] I den här beskrivna

[1] Se Ekelöf, Juridisk slutledning och terminologi (TfR 1945 s. 213 ff.), särskilt under VI. s. 242 ff. om "Termen rättighet", Strahl, TfR 1946 s. 204 ff., Ekelöf, TfR 1946 s. 309 ff., Strahl, TfR 1947 s. 481 ff., Ekelöf. Festskrift till Ekeberg s. 151 ff. samt Ross, Tû-Tû, Festskrift till Ussing, s. 468 ff. Ekelöf inledde diskussionen och utgick från två exempel på juridiska slutledningar, i vilka fordringsbegreppet, ett typiskt "mellanbegrepp", ingår, nämligen

A

Om en försträckning föreligger, så föreligger även en fordran.
Här föreligger en försträckning
Alltså föreligger här även en fordran.

B

Om det föreligger en fordran, så skall betalning ske på förfallodagen.
Här föreligger en fordran
Alltså skall här betalning ske på förfallodagen.

Ekelöf sökte fastställa fordringsbegreppets innebörd i dessa båda slutledningar genom att "finna ett mer specificerat uttryck, som kan ersätta termen fordran

treledskonstruktionen torde mellanbegreppet, avtalets upplösning eller hävande, syfta på rättsföljdssidan och utgöra en *beskrivning* av det till kontraktsbrottet anknutna rättsföljdskomplexet. Beskrivningen är såtillvida träffande som den nära ansluter sig till hävningspåföljdens avsedda funktion, sådan den formulerats av doktrinen, nämligen att försätta borgenären i samma läge som om något avtal aldrig ingåtts.[2]

I detta arbete får termen hävning beteckna själva *hävningsrättsföljden*,[3] ej något abstrakt mellanled[4] och ej heller parts förklaring att han fordrar att hävningsrättsföljden skall inträda.[5] I uttrycket "X hävde avtalet" ligger ej blott att X avgav en hävningsförklaring utan också att hävningsrättsföljden *verkligen inträdde*. Termen *återgång* använder

i de ovannämnda bägge satserna, utan att substitutionen medför att satserna därigenom förlora sin juridiska funktion". Han fann, att fordran i A-fallet kunde substitueras med ett komplex av rättsföljder, nämligen alla de rättsföljder som enligt gällande rätt är anknutna till försträckningen såsom rättsfaktum, medan termen fordran i B-fallet skulle vara ekvivalent med "en serie disjunktiva och negativa satser, vilka tillsammans avse ett flertal rättsfaktas existens", med Ekelöfs terminologi *ett komplext rättsfaktum*. Att det föreligger en fordran skall alltså i B-fallet utläsas som ett påstående om att det föreligger en försträckning *eller* ett olikviderat köp *eller* en skadegörelse *och* att det inte föreligger några rättsupphävande eller rättshindrande fakta (t ex kontraktsbrott eller preskription). Strahl hävdade, att termen fordran i båda fallen måste betyda detsamma, nämligen ett komplext rättsfaktum av det slag Ekelöf beskriver. Eljest skulle de båda slutledningarna inte kunna tillsammans bilda en slutledningskedja. A-satsens funktion skulle då vara att inordna försträckning i den vidare kategori som omfattar även andra fall än försträckning. Ekelöf modifierade sedan sin uppfattning något och gick med på att fordran i båda fallen måste betyda detsamma när A- och B-satserna förenades i en mer omfattande slutledningskedja, men att det likväl inte är givet att termen då måste betyda ett komplext rättsfaktum. Ross, slutligen, höll före, att uttrycket fordran inte har någon som helst semantisk referens, att det har en rent framställningsteknisk funktion och således kan substitueras med vad som helst, t ex Tû-Tû eller "gammel Ost".

[2] Uppfattningen att hävningen retroaktivt upplöser själva avtalet skall närmare granskas i kapitlet om hävning när borgenären ej förmår återställa mottagen prestation, se 4 kap. särskilt s. 223 ff. I denna situation tycks den beskrivna treledskonstruktionen ha haft en reell betydelse för rättsreglernas utformning. Till uppfattningen att hävningspåföljdens avsedda funktion är att försätta borgenären i samma läge som om något avtal aldrig ingåtts skall jag återkomma i detta kapitel, se nedan under II C 1.

[3] Dock använder jag ofta, för tydlighets skull, uttrycket hävningsrättsföljden eller hävningspåföljden.

[4] Jfr Rodhe, Obligationsrätt § 37 vid n. 5: "Begreppet hävning fungerar alltså, liksom begreppet rättighet, som ett mellanled mellan rättsfaktum och rättsverkningar."

[5] Så enligt Rodhe i Begreppet hävning s. 461 och Bengtsson, § 1 vid n. 10, som låter termen hävning beteckna parts förklaring att han önskar att hävningsrättsföljden skall inträda, vare sig denna förklaring är "berättigad", "befogad" eller ej, d v s oberoende av om hävningsrättsföljden verkligen inträder.

jag som en samlingsbeteckning på hävnings- och ogiltighetsrättsföljden.[6]

2 Då uttrycket hävning får syfta på rättsföljdssidan, är det en samlingsbeteckning på flera olika rättsföljder eller rättsföljdskombinationer.

De rättsfakta till vilka hävningsrättsföljden är anknuten varierar från casuell förstörelse av det gods som avses med köpet till rena bedrägerifall. Som en gemensam beteckning på dessa olika rättsfakta använder jag i regel uttrycken "icke-uppfyllelse" eller "kontraktsbrott".[1]

Också *innehållet i hävningspåföljden* varierar starkt, främst beroende på hur långt avvecklingen av köpet hunnit fortskrida när utövning av hävningspåföljden blir aktuell. Om varken köpare eller säljare hunnit prestera, innebär hävning att prestationsskyldigheten bortfaller å ömse sidor. Hävning är emellertid möjlig[2] och inte sällan tillåten t o m när avvecklingen av köpet fortskridit så långt att köparen erlagt köpeskillingen och mottagit och förbrukat godset. I denna situation innebär hävning att säljaren, oaktat han inte kan återfå den prestation han erlagt, blir skyldig att återbetala köpeskillingen.

Det kan här inte bli fråga om att *räkna upp* samtliga de rättsföljder och rättsföljdskombinationer som hänförs till samlingsbegreppet hävning. Inte heller vill jag försöka ge en definition av begreppet som tar fasta på viss eller vissa egenskaper, vilka återfinns hos de olika rättsföljder och rättsföljdskombinationer som kallas hävning men inte hos någon annan rättsföljd. En sådan definition blir så abstrakt att den, om

[6] Jfr Bramsjö, s. 3 ff. Vahlén använder termen återgång på hävnings- och ogiltighetsrättsföljden endast då denna innebär att *redan utväxlade prestationer* skall *återbäras,* Formkravet s. 167 n. 19.
I. 2.

[1] Begreppet icke-uppfyllelse förutsätter här icke att en förpliktelse att göra eller underlåta någonting uppkommit, utan syftar också på s k garantiförpliktelser, se närmare nedan under 4 b. Däremot förutsätts, såvida ej annat framgår av sammanhanget, att icke-uppfyllelsen ej beror av borgenären eller händelse för vilken han står faran. Det är alltså fråga om vad Karlgren kallar "bristande uppfyllelse i egentlig mening", se Kollegium i allmän obligationsrätt s. 25. Jfr Hellner, Köprätt 9.1 ang. termen dröjsmål. Termen kontraktsbrott används synonymt med icke-uppfyllelse. Det förutsätts således icke att gäldenären kan lastas för det inträffade. Godsets casuella förstörelse medan gäldenären står faran är också ett kontraktsbrott. Som framgår av det ovanstående kallar jag den av kontrahenterna som inte kan eller vill uppfylla sina förpliktelser för "gäldenären" och hans medkontrahent "borgenären", ehuru det ju i det ömsesidigt förpliktande avtalet alltid förhåller sig så att var och en av kontrahenterna är både borgenär och gäldenär, jfr Bengtsson, s. 1 och Rodhe, § 37 vid n. 2.

[2] Med att hävningsrättsföljden är (tekniskt) möjlig menas strängt taget ingenting annat än att den rättsföljd, som innebär att köparen vederlagsfritt kan återkräva eller behålla den överenskomna köpskillingen, kallas hävning.

den formuleras inledningsvis, innan läsaren orienterats om *i förhållande till vad* begreppet genom definitionen skall avgränsas, inte kan fylla någon beskrivande funktion. I stället måste man gå fram steg för steg och i tur och ordning samt med användande av olika typer av definitioner avgränsa begreppet från olika grupper av på det ena eller det andra sättet med hävning besläktade rättsföljder.

3 Hävningsrättsföljden är anknuten till ena partens aktuella eller väntade icke-uppfyllelse av den förpliktelse som åvilar honom enligt ett ömsesidigt förpliktande avtal. Härigenom skiljer sig hävningspåföljden från vissa besläktade rättsföljder, nämligen rätten att *uppsäga* ett varaktigt avtal oaktat den part, som måste finna sig i uppsägningen, korrekt uppfyllt sina förpliktelser,[1] rätt för part att i anledning av omständigheter som gör avtalets uppfyllande meningslöst eller orimligt betungande för honom men som ej kan lastas motparten och som ej heller faller inom dennes risksfär, *frånträda avtalet*[2] samt *avtals ogiltighet* på grund av någon av avtalslagens ogiltighetsanledningar eller på grund av felaktiga förutsättningar.

Gränsen mellan hävning och dessa olika närbesläktade påföljder är flytande. Vad beträffar köp torde det vara gränsdragningen gentemot avtals ogiltighet på grund av felaktiga förutsättningar som oftast ger upphov till svårigheter. Enligt en uppfattning, i modern skandinavisk doktrin företrädd främst av Ussing, finns det över huvud ingen gräns mellan hävning och ogiltighet. Kontraktsbrottsfallen betraktas — då fråga är om hävning — som ett slags felaktiga förutsättningar och skall av denna anledning medföra avtalets återgång.[3] Om man däremot inte vill hänföra kontraktsbrottsfallen under förutsättningsläran, får man en rad fall där tvekan kan råda om de skall hänföras till fel i godset eller till felaktiga förutsättningar.[4] HD har försökt dra upp gränsen

I. 3.

[1] Bengtsson, § 1 vid n. 24 ff., Rodhe, § 37 vid n. 17.

[2] Bengtsson, § 1 vid n. 38 ff., Rodhe, § 37 vid n. 19 och i Begreppet hävning s. 461. Jfr dock Karlgren, Kollegium i allmän obligationsrätt s. 49 f., som låter hävning omfatta även *gäldenärens* rätt att dra sig ur avtalet, då detta kan ske utan att han ådrar sig skadeståndsskyldighet motsvarande positiva intresset.

[3] Se närmare nedan under II B 3.

[4] Tendensen förefaller nu gå mot att föra bort "typförutsättningar" inklusive "vederlagsförutsättningarna" från förutsättningslärans tillämplighetsområde. Se t ex Vahlén, Bör förutsättningsläran avskaffas? (TfR 1953 s. 394 ff.), Vinding Kruse, Restitutioner s. 320. Se vidare Holmbäck, Studier i förutsättningslärans terminologi, inledningsavsnittet och under I (Om typförutsättningar), som innehåller en utförlig redovisning av den kritik som under senare år riktats mot förutsättningsläran.

för åtminstone en grupp av fall. Om säljaren lämnar oriktiga uppgifter, som visserligen ej rör godsets egenskaper i inskränkt bemärkelse men som dock påverkar dess användbarhet för det ändamål vartill det anskaffats, skall köplagens felregler vara tillämpliga.[5] Detta måste innebära att om man i ett sådant fall dömer till återgång så är det fråga om hävning, ej om ogiltighet på grund av felaktiga förutsättningar. Gränsen förblir dock oklar, och åtskilliga tvister kan avgöras utan att man behöver ta ställning i frågan om återgångsanledningen skall uppfattas som fel i godset eller som en felaktig förutsättning. Om borgenären inte fordrar skadestånd, har distinktionen föga, om ens någon praktisk betydelse. Hävningsrättsföljden och ogiltighetsrättsföljden anses sammanfall till sitt innehåll — åtminstone i huvudsak[6] — och ej heller bland de regler som handlar om förutsättningar för återgång, alltså regler om återgångsanledningens väsentlighet och verkan av att borgenären ej förmår återbära mottagen prestation, kan man urskilja några klart påvisbara skillnader. Köplagens hävningsregler tillämpas i stor utsträckning analogt på rena ogiltighetsfall.[7]

4 Vid en jämförelse med utomskandinavisk rätt noterar man att köplagens hävningsregel har ett mycket omfattande tillämplighetsområde. På andra håll har man utbildat ett *mer differentierat* påföljdssystem, där hävningsreglernas innehåll varierar med hänsyn till beskaffenheten och bakgrunden till gäldenärens icke-uppfyllelse.

a Köplagens hävningspåföljd används ej blott som en påföljd för att komma till rätta med sådan icke-uppfyllelse som kan tillräknas gäldenären utan också *som ett instrument för att lösa rena riskfrågor*. Skall naturagäldenären bära faran för godset, uttas detta ansvar genom att köparen får häva, då godset förstörs genom våda. I t ex tysk och fransk rätt har man gått till väga på annat sätt. Rücktritt och Schadenersatz wegen Nichterfüllung enligt BGB förutsätter i princip Verschulden från gäldenärens sida. Dessa egentliga påföljdsregler kompletteras sedan med bestämmelser som avspeglar avhängighetsförhållandet mellan prestationerna i ett ömsesidigt förpliktande avtal. Om en utlovad prestation blir omöjlig att fullgöra på grund av en omständighet som inte kan läggas gäldenären till last, blir denne visserligen i enlighet med

[5] NJA 1938 s. 318, 1935 s. 57, 1961 s. 330.

[6] Se Bramsjö, s. 21, som anmärker att hans material ej företer så stora olikheter i behandlingen av olika återgångsanledningar, Karlgren, Passivitet s. 122 samt Vahlén, Formkravet s. 167 n. 19.

[7] Se Bramsjö, s. 164, Karlgren, "Utan det vises..." s. 642 f och Nial i SvJT 1942 s. 221.

Verschuldensgrundsatz fri från sin förpliktelse (BGB § 275), men på grund av avhängighetsförhållandet mellan prestationerna förlorar han därmed också sitt anspråk på det överenskomna vederlaget (BGB § 323). Ej blott reglerna om Rücktritt och Schadenersatz wegen Nichterfüllung utan också bestämmelsen i § 323 utgör en motsvarighet till vår hävningsregel. Det är alltså inte riktigt att säga att hävning enligt BGB förutsätter skuld hos gäldenären. I stället förhåller det sig så att man i tysk rätt har utbildat *skilda hävningspåföljder* beroende på om icke-uppfyllelsen kan tillräknas gäldenären eller icke. Skillnaden är inte uteslutande formell, d v s endast innebärande att samma rättsföljd benämns olika beroende på vilket slags rättsfaktum som föranlett dess inträde. Väsentlighetsbedömningen företas olika beroende på om icke-uppfyllelsen kan tillräknas gäldenären eller icke[1] och även innehållet i rättsföljden varierar i vissa lägen, främst i vad gäller det särskilda riskproblem som uppkommer då borgenären hunnit motta naturaprestation.[2]

Code civil innehåller inga särskilda regler om riskfrågan i det ömsesidigt förpliktigande avtalet och domstolarna tillämpar art. 1184 om résolution pour inexécution. Doktrinen vill emellertid avskilja "question des risques" från tillämpningsområdet för art. 1184,[3] och klart är att olika regler gäller om borgenärens rätt att välja totalhävning, då gäldenären kan lastas för icke-uppfyllelsen och då så icke är förhållandet.[4]

Regler om "frustrated contracts" i engelsk rätt handlar om rättsförhållandets avveckling då prestation blivit omöjlig att fullgöra på grund av omständigheter som ligger helt utanför gäldenärens kontroll. Också dessa regler täcker en del av tillämplighetsområdet för våra häv-

I. 4. a.

[1] Vid den bedömning som är avgörande för om delvis "nicht zu vertretene" omöjlighet skall medföra bortfall av hela prestationsskyldigheten enligt avtalet beaktas endast sådana borgenärens intressen *som ingår som ett moment i avtalsinnehållet*. Vid delvis eller för sen uppfyllelse som beror av gäldenären beaktas *varje berättigat intresse* hos borgenären, även individuella intressen som gäldenären inte kan ha någon kunskap om, se Titze, Unmöglichkeit der Leistung § 2 vid n. 11 jämfört med § 8 under I och II, som framhäver skillnaden och ger instruktiva exempel.

[2] Se nedan 4 kap. under III.

[3] Colin et Capitant, nr 244, Mazeaut, nr 1097, Ripert et Boulanger nr 506 f.

[4] I de egentliga 1184-fallen har domstolen en friare prövningsrätt och kan medge totalhävning även vid oväsentliga kontraktsbrott. I riskfallen är målsättningen att parterna skall behandlas lika och påföljden bör inte vara mer omfattande än vad som fordras för att uppnå detta, se t ex Houin, s. 388 f., Cassin, Réflexions sur la résolution judiciaire s. 172 f.

ningsregler och innebär avvikelser till gäldenärens förmån jämfört med vad som eljest gäller om borgenärens rätt att häva.[5]

b Köplagens enhetliga hävningspåföljd är anknuten även till sådan icke-uppfyllelse där någon förpliktelse att göra eller underlåta någonting aldrig uppkommit men gäldenären "ansvarar för att vissa fakta föreligga vid en viss tidpunkt", s k garantiförpliktelser.[6] I utomskandinavisk rätt finner man ofta särregler för dessa fall. Den praktiskt mest betydelsefulla gruppen är faktiskt fel i bestämt gods. I kontinental rätt har man fasthållit ståndpunkten att säljarens förpliktelse vid köp av bestämt gods endast avser utgivandet av godset i det skick det befann sig vid köpslutet. De centrala hävningsreglerna, som förutsätter en förpliktelse till fullgörelse, är följaktligen icke tillämpliga vid sådant fel. I stället har säljaren ett "garantiansvar". Detta ansvar innefattar en rättsföljd som i huvudsak sammanfaller med hävning på grund av brott mot en förpliktelse att göra eller underlåta någonting, nämligen den från romersk rätt hämtade actio redhibitoria. I tysk rätt kallas påföljden Wandelung och i fransk rätt action rédhibitoire.

c Hävning innebär att borgenären motsätter sig det avtalade *utbytet av prestationer in natura* men behöver inte innebära att han tar avstånd från *avtalets ekonomiska konsekvenser,* alltså det ekonomiska resultat som avtalets fullgörande skulle ha lett till. Hävning kan i skandinavisk rätt kombineras med skadestånd motsvarande positiva intresset. I tysk rätt har påföljdskombinationen hävning jämte skadestånd motsvarande positiva intresset avskilts från hävning utan sådant skadestånd och bildar en särskild påföljd, Schadenersatz wegen Nichterfüllung (i ömsesidigt förpliktande avtal). Lassen hävdade på sin tid med skärpa att man även i skandinavisk rätt i systematiskt och terminologiskt avseende bör hålla isär sådan hävning, som innebär att borgenären även i ekonomiskt avseende frånträder avtalet, och hävning som kombineras med skadestånd motsvarande positiva intresset.[7] En sådan begreppsbildning är dock ej i överensstämmelse med köplagens terminologi och uppbyggnad.

Så långt har jag endast uppehållit mig vid hävningsrättsföljdens avgränsning gentemot vissa andra *till sitt innehåll* med hävning mycket

[5] Se nedan 4 kap. under III.
I. 4. b.
[6] Se Rodhe, § 2 B om Förpliktelsernas grundläggande indelning.
I. 4. c.
[7] Lassen, Alm. del s. 412 f.

likartade rättsföljder. Distinktionerna har därför måst företas med utgångspunkt från rättsfaktumsidan och har då samtidigt gett en ungefärlig bild av hävningsreglernas tillämpningsområde. Utmärkande för hävningsrättsföljden i förhållande till dessa andra rättsföljder är att den är anknuten till *gäldenärens (aktuella eller väntade) underlåtenhet att fullgöra sin del av avtalet.*

5 Turen har nu kommit till en granskning av *hävningspåföljdens innehåll.* Bland de skandinaviska författare som mer utförligt uppehållit sig vid att söka definiera begreppet hävning har två meningsriktningar framträtt. *Rodhe* tar fasta på *naturaprestationen,* alltså vid köp säljarens prestation. Det gemensamma och påtagliga för olika hävningssituationer skulle vara att den hävande påfordrar att någon naturaprestation icke skall äga rum.[1] Bortfallet av köparens betalningsskyldighet uppfattas icke — ej heller då det är köparen som häver — som någonting konstitutivt för hävningsbegreppet utan som en följd av att säljarens plikt eller "rätt" att fullgöra sin prestation bortfaller. *Karlgren* betonar i stället borgenärens skyldighet att tillgodföra motparten *den egna prestationen* eller dess värde. Om någon sådan förpliktelse icke finns (och om naturaprestation uteblir å båda sidor), så föreligger en hävningssituation.[2]

För att kunna ta ställning till dessa olika definitioner måste man först göra klart för sig hur de tillkommit och vilken funktion de är avsedda att fylla. Utgångspunkten har tydligen varit ett antal sinsemellan olika rättslägen som enligt vedertaget språkbruk faller in under begreppet hävning. Målsättningen har inte varit att ge någon fullständig beskrivning av olika hävningssituationer utan att finna det gemensamma och utmärkande för dessa olika situationer. Då måste man emellertid fråga: Utmärkande i förhållande till vad?

När man beskriver en företeelse sker detta alltid mer eller mindre medvetet i relation till andra på visst sätt besläktade företeelser. När man beskriver hävningsrättsföljdens innehåll, sätts detta i relation till andra rättslägen som kan tänkas föreligga efter ett kontraktsbrott, dels naturligtvis att kontraktsbrottet helt saknar rättslig betydelse, men dels

I. 5.

[1] Rodhe, Begreppet hävning s. 461. Rodhes definition avser visserligen inte direkt hävningsrättsföljdens innehåll utan själva hävningsförklaringen, jfr ovan s 2 n. 5, men hävningsförklaringen definieras *utifrån den rättsföljd som inträder om den är befogad* och avser alltså indirekt också själva hävningsrättsföljden.

[2] Karlgren, Kollegium i allmän obligationsrätt s. 39 ff., TfR 1938 s. 468 och SvJT 1943 s. 375 f.

också — och det är här som gränsdragningsproblemen uppkommer — *andra påföljder av kontraktsbrott* som skadestånd, prisreduktion, rätt för säljaren att vid köparens mora accipiendi bortskaffa godset eller låta försälja det på offentlig auktion m fl tänkbara påföljder. Dessa påföljder skall i det följande beskrivas och jämföras med hävningspåföljden i olika konkreta situationer. Frågan om hur man bäst skall beskriva hävningspåföljden får därför anstå i avbidan på mer konkret jämförelsematerial.[3]

[3] Jfr nedan under III A 5.

II Om hävningens rättsgrund

A Allmänt om teoriernas inflytande på hävningsreglerna

Olika uppfattningar har under årens lopp framförts om vad som är hävningens *rättsgrund*. Med "rättsgrund" avses här de överväganden som ligger bakom uppställandet av hävningsreglerna. En rättsregel kan förklaras eller motiveras på olika sätt. I äldre doktrin var det vanligt att motivera rättsregler genom att *deducera* dem ur allmänna rättsgrundsatser.[1] Ofta ser man motiveringar som består i att visst i rättsfaktum ingående element upphöjs till "rättsgrundande faktum".[2] Ekelöf skiljer mellan dessa slags motiveringar och *regelns ändamål,* som alltid är ett samhällstillstånd som skall förverkligas genom regelns tillämpning.[3] Dessa olika sätt att motivera rättsregler glider över i varandra. Hänvisningar till allmänna rättsgrundsatser, t ex "tro och heder" eller "billighet" som rättsgrund till en viss regel implicerar att man genom rättsregler som står i överensstämmelse med dessa "rättsgrundsatser" uppnår ett önskat samhällstillstånd. Man anser det bara inte nödvändigt att fullständigt utföra resonemanget. En annan sak är att dessa allmänna rättsgrundsatser ofta är så allmänt hållna att motiveringen därför blir mer eller mindre innehållslös. Också metoden att hänvisa till "rättsgrundande faktum" innebär ett förkortat ändamålsresonemang. När man har klassificerat visst i rättsfaktum ingående element som t ex uttryck för en viss handlingsinställning eller som en "obehörig vinst", är det ofta onödigt att vidare utföra ändamålsresonemanget.[4]

En teori om en viss regels rättsgrund avspeglar inte alltid de ändamålssynpunkter som medfört uppställandet av regeln. Reglerna på det centrala obligationsrättsliga området har tillkommit på ett sådant sätt att man ofta inte kan fastställa vilka drivkrafter som varit avgöran-

[1] Hellner, Obehörig vinst s. 144.
[2] Hellner, a.a. s. 188—193 om vinsten som rättsgrundande faktum.
[3] Ekelöf, Om interventionsgrunden s. 22.
[4] Detta slags motiveringar kan, men behöver inte alls vara innehållslösa. Hellner, a.a. s. 190 ff., skiljer mellan sådant rättsgrundande faktum som *inför rättsmedvetandet* kan motivera att regeln gäller och rättsgrundande faktum som av *rättspolitiska skäl* tilläggs betydelse.

de.[5] Utgångspunkten för teoribildningen är i stället själva rättsregeln och dess ekonomiska och sociala effekt. Med denna utgångspunkt kan man komma fram till olika uppfattningar om regelns rättsgrund. En rättsregel kan ha många olika verkningar, och man kan ha olika uppfattning om vilken verkan som "bär upp" rättsregeln, utgör dess ratio. Den uppfattning som under en viss tidsperiod råder i denna fråga präglas med nödvändighet av den sociala och ekonomiska grundsyn, som är förhärskande hos de regelbildande myndigheterna och inom den juridiska doktrinen. Om en rättsregel tillgodoser flera olika ändamål, tar man fasta på det som står i överensstämmelse med den rådande sociala och ekonomiska grundsynen och upphöjer denna funktion hos regeln till ratio legis. Det kan också förhålla sig så att regelns innehåll står i motsättningsförhållande till den sociala och ekonomiska grundsynen hos de personer vilkas uppfattning präglar teoribildningen. Regeln kan ha framdrivits av ändamålssynpunkter som (ännu) inte accepterats inom de grupper som utformar teoribildningen. Dessa kan då kritisera regeln och hävda att den inte har någon hållbar ratio och sålunda bör ändras. Men de kan också — och det sker inte sällan — acceptera innehållet i regeln och formulera en teori om dess rättsgrund som bringar den i överensstämmelse med den vedertagna sociala och ekonomiska grundsynen. En teori som tillkommit på detta sätt kommer åtminstone delvis att bygga på fiktioner.[6] Man hävdar att rättsfaktum innehåller ett moment som i själva verket inte existerar eller spelar en helt underordnad roll eller som man i vart fall inte kan veta någonting om, och man tillägger rättsregeln en funktion som den i själva verket inte uppfyller men som passar in i den sociala och ekonomiska grundsynen.

Jørgensen har varnat för att låta juridiska hjälpkonstruktioner, som tillkommit för att förklara och motivera en regel eller ett regelkomplex, bestämma den vidare rättsutvecklingen på området, och särskilt uppehållit sig vid villkors- och förutsättningslärans betydelse för hävningspåföljden. Förutsättningsläran kunde fungera som en acceptabel grund

[5] Jfr Pound, Philosophy of Law s. 136: "Philosophical theories have arisen to explain existing rules and have been the basis of new rules and of remaking of old ones. But they have been the means also, at times, of intrenching the rules they sought to explain and of fastening of the law doctrines of which it were better rid. Nowhere is the reciprocal action of legal rules and philosophical theories more strikingly manifest than in our law of contractual liability."

[6] Jfr Hellner a.a. s. 191 f: Inom obligationsrätten sökte man i det längsta klara sig med vilja och skuld som grund för olika rättsregler. När dessa visar sig otillräckliga kan det hända att man tillgriper fiktioner. "Man fingerar ett samtycke, där inget samtycke finnes, och lyckas därmed hjälpligt rättfärdiga de rättsregler man intuitivt betraktar som nödvändiga."

och förklaring till vissa spörsmål och gjorde det möjligt att fasthålla förmögenhetsrättens enhet som grundad i parternas vilja, ej blott vad avser förpliktelsernas uppkomst utan också deras innehåll, men numera utgör den enligt Jørgensen ett hinder mot erkännandet av viktiga praktiska hänsyn och låser fast utvecklingen i linjer som inte svarar mot det praktiska livets behov.[7]

Utgångspunkten för teoribildningen är som nämnts innehållet i en viss rättsregel, men detta betyder inte att teoribildningen saknar betydelse för rättsreglernas utformning. Den gemensamma utgångspunkten för olika teorier om hävningens rättsgrund är hävningsregeln och dess effekt i *vissa* vanliga typsituationer. Om gäldenären vägrar att erlägga sin prestation, så kan också borgenären innehålla eller återkräva sin. Från denna utgångspunkt formuleras en teori om hävningens rättsgrund. Denna teori kommer sedan att påverka hävningsreglernas utformning i mer tveksamma situationer, som t ex då gäldenären av omständigheter utanför hans kontroll hindras att prestera eller då han visserligen presterar, men endast delvis eller felaktigt.[8] Olika uppfattningar om hävningens rättsgrund leder till olika uppfattningar, om hur hävningsreglerna bör utformas med avseende på dessa nya situationer. Vissa teorier lämnar föga utrymme för hänsynstagande till subjektiva faktorer. Andra teorier fäster en avgörande vikt vid sådana faktorer. Principerna för väsentlighetsbedömningen varierar i olika rättssystem och även inom samma rättssystem och förefaller ha ett starkt samband med bakomliggande teorier om hävningens rättsgrund. Ifråga om vilken betydelse man bör tillmäta den omständigheten att kontraktsbrottet, ehuru väsentligt, dock vidlåder endast viss avskiljbar del av prestationen, går uppfattningarna ännu mer isär och olika teoretiska utgångspunkter ger ett ännu kraftigare utslag.

Olika teorier om hävningens rättsgrund har avlöst varandra. Att en teori överges behöver emellertid inte föra med sig att man också tar avstånd från och omformar regelns innehåll till den del detta har bestämts av den övergivna teorin. Utformningen av regeln kan ha hunnit bli allmänt accepterad och uppfattas nu som självklar, sambandet mellan utformningen av rättsregeln och den numera förkastade teorin ob-

[7] Detta är det bärande temat i två arbeten, Misligholdelse i TfR 1963 (se t. ex. s. 489 f.) och Forudsætning og mangel i UfR 1962 (se t. ex. s. 166).

[8] Jfr Ekelöf, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?, om den teleologiska metoden: Ändamålet med ett stadgande skall fastställas med utgångspunkt från dess funktion i *typiska* fall, och med ledning härav löser man de tveksamma fallen (s. 23 f.).

serveras inte alltid[9] och den ifrågavarande utformningen av regeln kan kanske försvaras även med utgångspunkt från den nya teorin.[1] I hävningsreglernas utformning finner man åtskilliga "avlagringar" från numera övergivna teorier om hävningens rättsgrund.

Det finns minst tre skäl att närmare uppehålla sig vid några teorier om hävningens rättsgrund, som åtminstone under en viss tidsperiod och i vissa rättssystem varit mer allmänt omfattade:

För det första: Även numera övergivna hävningsteorier bygger — åtminstone delvis — på ändamålssynpunkter, som även enligt ett nutida betraktelsesätt är värda beaktande. Skillnaden mellan olika hävningsteorier består ofta endast i att den ena teorin framhäver och tillgodoser en viss ändamålssynpunkt på bekostnad av en annan, som däremot enligt den andra teorin bör tillmätas en större betydelse. En teori, som upphöjer en viss ändamålssynpunkt till ratio legis, ger i vart fall en omfattande och energisk argumentation med anknytning till denna ändamålssynpunkt.[2]

För det andra: Hävningsreglernas utformning är i vissa avseenden så nära förbunden med vissa hävningsteorier, att reglerna ter sig nästan obegripliga om man inte har detta samband klart för sig. Redan för förståelsen av hävningsreglernas innebörd är det nödvändigt att veta något om bakomliggande hävningsteorier.[3]

För det tredje: Påvisandet av dylika "avlagringar" från tidigare hävningsteorier kan utgöra ett incitament till en omprövning av regelns

[9] Jfr Jørgensen, Misligholdelse s. 449, "inddoktrinerede principper med disses direkte appel til irrationelle reaktioner".

[1] Jfr Hellner, a.a. s. 56 f., som avvisar försöken att motivera vinstreglerna med "rättvisa och billighet": "Med avvisandet av billigheten som generell motivering av institutet obehörig vinst är emellertid ej förnekat att billighetsidéer en gång påverkat uppkomsten och utvecklingen av institutet obehörig vinst." Se även s. 148: "Det må vara att regeln från början uppkommit under inflytande av naturrättsliga resonemang och vaga billighetsöverväganden. I sitt nuvarande utvecklingsstadium fyller den en samhällsfunktion av samma slag som t ex culparegeln inom skadeståndsrätten, om ock av mindre betydelse."

[2] I den numera övergivna teorin om det tysta resolutiva villkoret betonades starkt vikten av att fullgörelse sker exakt i enlighet med avtalet, jfr nedan under B 1. Denna synpunkt beaktas väl fortfarande, men knappast därför att ett delvis upprätthållande av avtalet betraktas som ett principiellt otillåtet ingrepp i parternas mellanhavande, utan av preventiva skäl. Fråga är emellertid om inte just synpunkten, att part har rätt till exakt den prestation han blivit utlovad och inte skall behöva finna sig i att ta emot ofullständig prestation, *i vissa situationer* bör tillmätas större vikt än de gäldenärsvänliga hänsyn som eljest medför att borgenären måste finna sig i ofullständig prestation, se nedan 2 kap IV 2 och 3.

[3] Se t ex nedan under IV 7 a om regeln att borgenären ej kan häva delvis om godset är "likadant rättigenom".

innehåll. Man finner då kanske att regelns innehåll ej är i överensstämmelse med nutida uppfattning om hur hävningsreglerna bör fungera. Om den förhärskande tolkningen är fast förankrad i lagtext eller förarbeten får man stanna vid kritik de lege ferenda. Det kan emellertid också förhålla sig så att lagtext och förarbeten *lämnar utrymme för ett tolkningsalternativ,*[4] som står i bättre överensstämmelse med nutida uppfattning om vilka ändamålssynpunkter som skall tillgodoses genom hävningsreglerna och om den inbördes avvägningen av dessa synpunkter. Den förhärskande uppfattningen kan då kritiseras de lege lata och de sententia ferenda.

B Några olika hävningsteorier och deras betydelse för hävningsreglerna

1 I den ideologi som präglade västeuropeiskt tänkesätt mot slutet av 1700-talet och under 1800-talet — den tidsperiod under vilken hävningsinstitutet utformades — ingick uppfattningen att lagstiftaren i minsta möjliga mån borde ingripa i ekonomiska relationer mellan rättskapabla kontrahenter. Sådana ingripanden betraktades såsom stridande mot principen om partsautonomi.[1]

Mot slutet av 1700-talet började engelska domstolar tillämpa regeln att part i ett ömsesidigt förpliktande avtal är skyldig att utge sin prestation *endast mot* att han erhåller det överenskomna vederlaget. Den nya regeln gavs en motivering som överensstämde med den då så omhuldade avtalsfrihetens princip. Man *intolkade i avtalet* en bestämmelse om att prestationerna skulle vara avhängiga av varandra.

Vid tillkomsten av Code civil omkring 1800 var regeln om hävning redan gällande fransk rätt och den upptogs i art. 1184. I själva lagen upptogs då också teorin om det tysta resolutiva villkoret som hävningens rättsgrund. "La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrat synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement", heter det i art. 1184.

Uppfattningen att hävning är en *mellan parterna avtalad rättsföljd* förekommer i åtminstone två varianter.

[4] Se t ex nedan 4 kap. under I A 6, där jag söker påvisa att den förhärskande tolkningen av 58 § vilar på en ohållbar teori och ifrågasätter om inte lagtext och andra rättskällor *tillåter* en annan tolkning.

[1] Se t ex Pound, Philosophy of Law s. 149 ff.

Enligt den ena, den som kommit till uttryck i Code civil, har vardera parten visserligen ådragit sig en fristående förpliktelse att utge sin prestation, men han har förbehållit sig rätt att frånträda denna förpliktelse för det fall att motparten begår kontraktsbrott. Mot denna teori kan invändas att den bygger på en fiktion. Parterna har vid avtalets slutande sällan ens tänkt på möjligheten av ett kontraktsbrott och ännu mindre fattat något beslut om hur man i så fall skall förfara. Teorin om det tysta resolutiva villkoret är numera praktiskt taget övergiven.

Enligt den andra varianten avser vardera partens löfte utgivandet av den egna prestationen *mot erhållandet av det överenskomna vederlaget*. Villkoret att motprestation erläggs dras s a s in i själva löftet. Någon ensidig prestationsskyldighet anses aldrig ha uppkommit. Denna utformning av teorin ter sig som en mer naturlig och realistisk tolkning av parternas avtal och har fortfarande anhängare.[2]

I dessa teorier om hävningen som den avtalade rättsföljden betonas starkt borgenärens rätt att erhålla exakt den prestation han blivit utlovad. För att skydda detta intresse uppställer man regeln att ofullständig prestation icke ger rätt till *någon del av vederlaget*.[3] En skyldighet att i utbyte mot felaktig eller ofullständig prestation utge ett motsvarande reducerat vederlag anses innebära att borgenären påtvingas *ett nytt avtal,* vilket strider mot avslutsfrihetens princip. Denna synpunkt har ofta framförts som ett argument mot användande av mer begränsade påföljder, särskilt partiell hävning och prisreduktion, men

[2] Se t ex Larenz I, § 18 I, som inte godtar den förhärskande uppfattningen enligt vilken var och en av kontrahenterna blir förpliktad att utge den prestation han utlovat men att det skulle *strida mot tro och heder* att låta den av parterna som ej kan eller vill prestera bevara sin rätt till motprestationen. I skandinavisk doktrin har väl denna tvistefråga ej varit föremål för något mer reflekterat ställningstagande, men man finner här och var mer spontana uttryck för uppfattningen att löftet enligt själva sitt innehåll går ut på erläggande mot vederlag, se t ex Krabbe, UfR 1920 B s. 175: Om vederlagsförutsättningar gäller i stor utsträckning att "Kontraktsforholdet her naturligst opfattes saaledes, at Løftegiverens Tilsagn *ifølge selve sit Indhold* kun gaar ud paa Erlæggelse mod Vederlag".

[3] I engelsk rätt upprätthåller man fortfarande i princip "the general doctrine that performance must be precise and exact" och att ofullständig prestation inte ger rätt till *någon del* av vederlaget. Se Chesire and Fifoot, s. 486 ff. (redan innehållsangivelsen vid kapitelrubriken är upplysande), där reglerna om "Divisible Contracts" och "Breach of Warranty" betecknas som undantag från "The General Doctrine that performance must be precise and exact". Wilson, s. 416 ff., har samma grunduppfattning och systematik. I Chitty, General Principles nr 1041 f., betecknas "the doctrine of substantial performance" som det viktigaste undantaget från regeln om att delvis fullgörelse icke ger rätt till någon del av vederlaget, och regeln om "substantial performance" betraktas i sin tur som uttryck för principen att underlåtenhet att fullgöra en förpliktelse som endast har karaktären av warranty ej ger motparten hävningsrätt.

även skadestånd utan samband med hävning.[4] Samma resonemang har framförts även till förmån för gäldenären. Inte heller denne skall behöva finna sig i "ett nytt avtal".[5]

Man blir alltså obenägen att uppställa något väsentlighetskrav. Teorier om hävningen som den avtalade rättsföljden är också rent tekniskt svåra att förena med ett väsentlighetskrav. Det är möjligt att uppfatta avtalet så att var och en av kontrahenterna förbinder sig att prestera endast mot erhållande av fullt och felfritt vederlag. Däremot kan man sällan i själva avtalet finna några hållpunkter för att prestationsskyldigheten dock skall kvarstå vid mindre avvikelser, och att gå utanför parternas avtal skulle vara ett ingrepp i partsautonomin.

I engelsk rätt har problemet lösts så att avtalets bestämmelser indelas i "conditions and warranties".[6] Conditions är de centrala och betydelsefulla bestämmelserna i avtalet och brott mot en sådan bestämmelse ger borgenären hävningsrätt, medan brott mot bestämmelser som har karaktären av warranties endast ger rätt till skadestånd. Distinktionen mellan conditions and warranties fungerar åtminstone indirekt som en väsentlighetsbedömning av kontraktsbrottet. Den begreppsmässiga och terminologiska utgångspunkten är dock inte arten och omfattningen av kontraktsbrottet utan arten av den förpliktelse som därigenom åsidosätts. Fråga är emellertid om inte förfarande i praktiken måste gå till så att man utgår från kontraktsbrottet och avgör om detta är väsentligt eller ej. Därefter uppkonstruerar man en mot kontraktsbrottet svarande förpliktelse, som sedan klassas som condition eller warranty med utgångspunkt från den i själva verket redan företagna väsentlighetsbe-

[4] Se här nedan om engelsk och fransk rätt.

[5] Se t ex Lassen, Spec. del 1897 § 83 II 4. Vid granskningen av Nya lagberedningens förslag till ny köplag motsatte sig en majoritet inom HD ett införande av prisnedsättningspåföljden med motiveringen att den skulle inkräkta på säljarens rätt att fritt få bestämma priset på sin vara, se NJA II 1901 N:r 1. s. 81 f. Jfr även C.c. art. 1182 tredje p. om casuell förlust eller försämring av bestämt gods *efter* avtalets slutande: Borgenären ges valrätt mellan att häva och att ta emot godset i det skick det befinner sig *utan någon nedsättning av priset.*

[6] Om distinktionen mellan conditions and warranties och andra motsvarigheter till vår väsentlighetsbedömning, se Chesire and Fifoot, s. 127—135 i kap. om "The contents of the contract' i första avsnittet om "Express terms", men dock avskilt från egentliga tolkningsspörsmål, vidare s. 492 i kap. om "Discharge by performance" och slutligen s. 531—536 i kap. om "Discharge by breach", Chitty, General Principles nr 579 i kap. om "Express terms", som i övrigt handlar om tolkningsspörsmål, vidare nr 1040 f. i kap. om "Discharge by performance" och slutligen nr 1268—1270 i kap. om "Discharge by breach", Pollock, (som endast i ringa utsträckning begagnar sig av distinktionen conditions/warranties vid väsentlighetsbedömningen) s. 209—213 i kap. med rubriken "Duties under contract", där hävningen slutbehandlas.

dömningen av kontraktsbrottet. Uppdelningen i conditions and warranties skulle således vara en konstruktion av delvis fiktiv karaktär, vilken gör det möjligt att tillgodose gäldenärsvänliga synpunkter, samtidigt som man formellt kan hävda att man håller sig till avtalet och försvara sig mot invändningen att borgenären som hänvisas till kompletterande skadestånd därigenom påtvingas "ett nytt avtal". I den mån *partiell hävning* förekommer i engelsk rätt måste den stödjas på en (verklig eller fingerad) överenskommelse mellan parterna.[7]

Den centrala hävningsregeln i Code civil, art. 1184, uppställer inte något väsentlighetskrav för hävning, och i äldre fransk doktrin hävdades också att man inte borde uppställa något sådant krav. Numera gäller som huvudregel även i fransk rätt att endast väsentliga kontraktsbrott medför hävningsrätt, en regel som utbildats samtidigt som man tagit avstånd från teorin om det tysta resolutiva villkoret. I inställningen till partiell hävning finner man emellertid på flera håll inom fransk doktrin en kvardröjande markerat negativ hållning.[8]

2 Läran om hävningen som *den avtalade rättsföljden* leder över till uppfattningen om hävning som *den rättsföljd parterna skulle ha avtalat,* om de vid tidpunkten för avtalets slutande övervägt möjligheten av eller kunnat förutse kontraktsbrottet. Hit hör Henri Capitants causelära, som fått ett stort inflytande i fransk rätt, samt den skandinaviska förutsättningsläran tillämpad på "vederlagsförutsättningar", åtminstone i dess mer subjektiva utformning.

Enligt Code civil har "la cause d'obligation" betydelse endast som ett nödvändigt element för uppkomsten av ett giltigt avtal. "La cause d'obligation" i onerösa avtal, utgörs av *motpartens förpliktelse.* När en giltig förpliktelse väl uppkommit har la cause spelat ut sin roll.

Capitants lära om "la cause"[1] innehåller två nyheter. — För det

[7] Se t ex Chesire and Fifoot, s. 490 f. och Chitty, General Principles nr 1042 om "acceptance of partial performance". Jfr även om "divisible contracts", nedan 3 kap. under II A.

[8] Se t ex Lepeltier, författaren till den mest omfångsrika franska monografin om hävning, som ägnar ett särskilt kapitel, s. 303—311, åt domstolens rätt att "modifier le contrat ou de le résoudre partiellement". I inledningen framför L. de invändningar som med utgångspunkt från principen om viljans autonomi måste riktas mot en partiell hävning av avtalet. Att påtvinga parterna ett nytt avtal under förevändning att anpassa det ursprungliga avtalet till en ny situation skulle vara ett öppet åsidosättande av principen om viljans autonomi i art. 1134 (s. 304). Se vidare Ripert et Boulanger, nr 450 f. och 473.

II. B. 2.

[1] Se Capitant, H., De la cause des obligations.

första uppfattas la cause inte som någonting objektivt, som ligger utanför förpliktelsen, utan som en integrerande del av den viljeförklaring som skapar förpliktelsen. En person, som åtar sig en förpliktelse, gör detta för att uppnå ett visst mål, "le but final". Det är "le but final" som utgör "la cause d'obligation". Le but final varierar efter förpliktelsens natur och framför allt efter avtalstypen, men däremot ej efter löftesgivarens bakomliggande individuellt präglade motiv. I ett ömsesidigt förpliktande avtal utgörs le but final alltid av löftesgivarens önskan att erhålla den utlovade motprestationen. La cause för säljarens förpliktelse är alltid hans önskan att erhålla köpeskillingen och la cause för köparens förpliktelse är dennes önskan att erhålla godset. Förpliktelsen är för löftesgivaren *endast ett medel* för att uppnå det avsedda ändamålet. Mål och medel hör samman. "Att isolera det ena från det andra, att endast räkna med löftet och inte bekymra sig om ändamålet som förklarar det, skulle vara att godtyckligt amputera viljeakten, att deformera och misskänna dess upphovsmans avsikter."[2]

För det andra existerar denna samhörighet inte endast på avtalsstadiet utan ända till dess avtalet är helt och hållet fullgjort. Förpliktelsen kan bestå endast så länge den uppbärs av la cause.[3] Om la cause bortfaller efter avtalets slutande genom att motparten vägrar att fullgöra eller blir ur stånd att fullgöra sin förpliktelse, bortfaller också den förpliktelse som nu blivit utan cause. Att vägra borgenären hävningsrätt skulle vara att "méconnaître sa volonté, violer la loi du contrat". "La seule façon de respecter l'accord conclu" är att ge borgenärens valrätt mellan att häva och att kräva fullgörelse.[4]

3 Den skandinaviska förutsättningsläran i Lassens "subjektiva" utformning, tillämpad på kontraktsbrottsfallen, innebär i korthet följande:[1] Den som lovar att prestera i ett ömsesidigt förpliktande avtal räknar med, "förutsätter" att också motparten presterar. Att motprestationen verkligen blir erlagd utgör *vederlagsförutsättning*. Om ett kontraktsbrott inträffar brister denna förutsättning. Om parterna vid avtalets slutande närmare övervägt möjligheten av ett kontraktsbrott, skulle de i avtalet ha intagit ett förbehåll om att borgenären i så fall

[2] A.a. p. 2.
[3] A.a. p. 7.
[4] A.a. p. 147.

[1] Den lättillgängligaste redogörelsen av författaren själv återfinns i Lassen, Alm. del § 17 (Alm. del 1892 § 18). Korfattade redogörelser för förutsättningslärans tillkomsthistoria och utveckling i Skandinavien finns hos Ussing, Aftaler § 41 och Vahlén, Formkravet s. 177 ff, Holmbäck, a.a. I s. 2 ff.

inte längre skulle vara bunden av avtalet.[2] Därför ingriper lagstiftaren genom att låta kontraktsbrott upphäva borgenärens bundenhet. Det förutsätts dock att kontraktsbrottet är *väsentligt*. Utgångspunkten för väsentlighetsbedömningen är borgenärens förmodade vilja vid tidpunkten för avtalets slutande. Man anställer ett s k hypotetiskt prov: Skulle borgenären, om han vetet att kontraktsbrottet skulle inträffa, ändock ha ingått avtalet? Vid nekande svar på denna fråga klassas kontraktsbrottet såsom väsentligt.

Mot denna utformning av förutsättningsläran anförde *Ussing* bl a: Den bygger delvis på en fiktion. I själva verket vet man ingenting om hur parterna skulle ha utformat avtalet och om de överhuvud hade ingått detta, såvida de övervägt möjligheten av att en viss förutsättning kunde vara felaktig. Avgörandet grundas i själva verket på objektiva överväganden.[3] Även om man i visst fall kan konstatera en individuell (hypotetisk) handlingsinställning, som avviker från det resultat man kommer fram till på grundval av objektiva överväganden eller ett slags genomsnittlig partsvilja, kan man ändock inte fästa avseende vid denna. Ett sådant hänsynstagande skulle på ett otillbörligt sätt gynna den starkare parten i avtalsförhållandet. Denne skulle, om parterna vid avtalets slutande övervägt möjligheten av att prestation ej skulle komma att erläggas, ha kunnat genomdriva en för honom förmånlig reglering av frågan. Om den starkare parten verkligen lyckats genomdriva för honom själv förmånliga villkor tar man hänsyn till dessa. Däremot kan man inte lösa konflikten till den starkare partens förmån bara därför att han *skulle ha lyckats* genomdriva sådana villkor om eventualiteten blivit reglerad i avtalet.[4]

Ussings kritik avsåg den s k relevansbedömningen i inskränkt bemärkelse, sättet att lösa *riskspörsmålet* utifrån parternas förmodade vilja. *Denna fråga* borde enligt Ussing lösas i enlighet med objektiva lämplighetsöverväganden.[5] Hävningens rättsgrund blir då inte parternas förmodade vilja utan dessa objektiva lämplighetsöverväganden.

Ussing vidhöll dock att *väsentlighetsbedömningen* borde ske indi-

2 "*Løftet er ogyldigt, naar det for Løftemodtageren er kjendeligt, at Løftegiveren (— — —) og at han vilde have taget Forbehold om ikke at ville, dersom han blevet foranlediget til at udtale sig desangaaende,* hvorved erindres, at Løftegiveren ikke kan formodes at ville have taget saadant Forbehold, hvis dettes Fremsettelse antageligt vilde have hindret Aftalens Indgaaelse." Lassen, Alm. del s. 118.

3 Ussing, Bristende Forudsætninger s. 58 ff.

4 A.a. s. 62 f.

5 Ussing, Aftaler § 41 II C.

viduellt,[6] och det är just denna del av förutsättningsläran som kan tänkas få praktisk betydelse för hävningsreglernas utformning. Köplagen uppställer ett väsentlighetskrav för hävning men lämnar öppet hur väsentlighetsbedömningen skall företas. Fråga blir då om man kan och bör använda sig av det inom förutsättningsläran utformade hypotetiska provet och låta avgörandet bli beroende av om borgenären, om han kunnat förutse kontraktsbrottet, ändock skulle ha ingått avtalet.

Utformningen av det hypotetiska provet ger i kontraktsbrottsfallen upphov till speciella problem, delvis sammanhängande med att det inte är fullt klart vad man egentligen vill få fram genom det hypotetiska provet. Är det hypotetiska provet i kontraktsbrottsfallen *ett sätt att indirekt mäta kontraktsbrottets ekonomiska betydelse för borgenären* genom att undersöka på vilket sätt vetskap om kontraktsbrottet skulle ha påverkat hans handlande *eller* är borgenärens hypotetiska vilja av *primär betydelse för avgörandet?* Om ett utrönande av borgenärens hypotetiska vilja endast är ett *medel* för att pröva kontraktsbrottets ekonomiska betydelse, så måste man vid utformningen av det hypotetiska provet neutralisera omständigheter, som ej sammanhänger med kontraktsbrottet.[7] En särskild svårighet uppkommer genom att man

[6] Ussing, Bristende forudsætninger s. 95 ff., Aftaler § 41 II D 1.

[7] Även om det är kontraktsbrottets ekonomiska betydelse man är ute efter kan man emellertid inte bortse från *alla* andra avvikelser från den förutsatta utvecklingen än just själva kontraktsbrottet. Även sådana ej förutsatta förändringar i borgenärens situation, som gör *att kontraktsbrottet slår mer eller mindre hårt* måste tas med, dvs förutsättas ha varit kända för borgenären på förhand. Det är för att undanröja missförstånd på denna punkt som man i IntKöpL särskilt påpekat att hänsyn skall tas till senare inträffade omständigheter, se Art. 10 "förutsett avtalsbrottet och dess verkningar", jfr Hellner, PM s. 23 f. Däremot bör man väl inte ta hänsyn till andra omständigheter som kan tänkas påverka borgenärens vilja att häva köpet, t ex en inträffad prisförändring. Rodhe, § 37 vid n. 70, påpekar svårigheten att avgöra vilka omständigheter som skall tas med vid bedömningen. Illum, i UfR 1946 s. 124, tycks förutsätta att samtliga inträffade förändringar i situationen skall förutsättas ha varit kända på förhand: Man häver inte ett avtal om man inte "fortruder" det och hade man vetat att det skulle inträffa förhållanden som gör att man "fortruder" det, så skulle man i regel inte ha ingått det. Så utformat blir det hypotetiska provet fullständigt meningslöst. Det avspeglar endast en eventuell förändring i borgenärens inställning som inträtt oberoende av yttre förhållanden. En sådan förändring är alldeles ointressant utom från en rätt extrem viljeteoretisk ståndpunkt. Om det hypotetiska provet har något värde så är det därigenom att man kan isolera betydelsen av t ex en prisförändring och få fram om borgenären verkligen häver på grund av kontraktsbrottet eller om han tar kontraktsbrottet som en förevändning för att komma ifrån ett avtal som han av andra skäl inte längre är intresserad av. För att uppnå detta behöver man naturligtvis inte gå tillbaka till borgenärens handlingsinställning vid tidpunkten för avtalets slutande. Illum,

knappast kan undgå att i det hypotetiska provet dra in kontraktsbrottet *som en typ av mänskligt beteende*. Vad man får fram genom det hypotetiska provet behöver då inte vara kontraktsbrottets ekonomiska betydelse för borgenären utan dennes inställning till kontraktsbrottet som en typ av mänskligt beteende.

I kontraktsbrottsfallen har borgenären oftast tillgång till andra mer begränsade påföljdsalternativ än totalhävning, och det har påpekats att detta måste beaktas vid bedömningen.[8] Tillgången till andra påföljder är totalhävning ger upphov till svårigheter vid formuleringen av det hypotetiska provet. Enligt en variant av det hypotetiska provet tas ingen hänsyn till mer begränsade påföljdsalternativ. Det frågas om löftesgivaren, för den händelse han kunnat förutse kontraktsbrottet, ändock skulle ha ingått avtalet *och gjort detta på samma villkor i övrigt*. Även om borgenären, trots vetskap om den felaktiga förutsättningen, skulle ha varit villig att ingå avtal, kan förutsättningen alltså vara väsentlig, nämligen om borgenären varit villig att ingå avtalet endast på villkor att hans egen prestationsskyldighet reducerades. Avtalets upprätthållande i kombination med en mer begränsad påföljd innebär just en sådan reduktion av borgenärens prestationsskyldighet (särskilt tydligt vid prisnedsättning). Det är svårt att inse hur man med utgångspunkt från borgenärens hypotetiska vilja skall kunna motivera en totalhävning i dessa fall.[9]

Det hypotetiska provet måste alltså omformuleras, men hur? Man kan inte bara slopa det sista ledet ("och på samma villkor i övrigt")

a.st. föreslår att man i stället formulerar väsentlighetskravet så, att det skall ha inträtt ett förhållande, "der har en saadan Betydning, at det tilstrækkeligt motiverer Løftegiverens Ønske om at træde tilbage fra Kontrakten".

[8] Se t ex Illum, a.st., som påpekar att det är troligt att borgenären, även om han kunnat förutse kontraktsbrottet, ändock ingått avtalet förlitande sig på uppfyllelseintresset.

[9] Lassen och Vinding Kruse, som mer utförligt uppehållit sig vid utformningen av det hypotetiska provet, använder ej heller denna variant för att avgöra om total ogiltighet respektive totalhävning skall inträda, utan för att avgöra om den oriktiga förutsättningen skall medföra *någon* nedsättning av löftesgivarens prestationsskyldighet. Sedan får man gå vidare och undersöka om löftesgivaren dock skulle ha velat vara bunden på en "modificeret Maade", Lassen, Alm. del s. 119. En oriktig förutsättning, som endast såtillvida påverkat löftesgivarens handlingsinställning torde ej vara väsentlig enligt Lassens terminologi. Vinding Kruses terminologi är vacklande, jfr definitionen av begreppet avgörande eller bestämmande förutsättning i Misligholdelse s. 49 och s. 85, men han använder denna variant av det hypotetiska provet för attt avgöra om fel i godset över huvud föreligger, ej för att avgöra om ett konstaterat fel skall medföra hävningsrätt, se a.a. s. 69.

och fråga: Skulle borgenären över huvud ha slutit något avtal, på de överenskomna villkoren eller på andra villkor, om han förutsett kontraktsbrottet?[1] Om man förutsätter att kontraktsbrottet inte helt utplånar prestationens värde — då blir det ju inte fråga om någon väsentlighetsbedömning — är det troligt att borgenären, *om han fått tillräckligt goda villkor,* ändock skulle ha slutit avtal. Inte heller kan man fråga hur borgenären skulle ha utformat avtalet om han förutsett kontraktsbrottet. Ett sådant hänsynstagande till borgenärens hypotetiska vilja skulle, även om den varit känd för gäldenären, innebära ett otillåtet gynnande av den starkare avtalsparten.[2]

Enda utvägen blir då att formulera det hypotetiska provet i direkt anslutning till olika tillgängliga påföljdsalternativ.[3] Skulle borgenären, om han kunnat förutse kontraktsbrottet, ändock ha ingått avtalet och nöjt sig med de mer begränsade påföljdsalternativ som lagen erbjuder? Man kan också formulera det hypotetiska provet i anslutning till gäldenärens ofullständiga eller felaktiga prestation, och fråga: Skulle borgenären ha varit villig att sluta ett avtal rörande denna prestation till ett pris, som motsvarar det överenskomna vederlaget med avdrag för vad han enligt regler om partiell hävning, prisnedsättning eller skadestånd är berättigad att innehålla eller återfå? Genom den sistnämnda formuleringen undviker man att överhuvud dra in kontraktsbrottet i resonemanget.

Vid en formulering av det hypotetiska provet i anslutning till köplagens olika påföljdsalternativ måste man emellertid återigen fråga sig: Vad är det man vill få fram genom det hypotetiska provet, vad är det som är relevant vid avgörande av om totalhävning skall vara tillåten eller ej? Är det kontraktsbrottets betydelse för borgenären eller är det dennes hypotetiska vilja med avseende på de olika påföljdsalternativen? Om man antar att det är kontraktsbrottets betydelse som är det

[1] Härvid stannar emellertid Lassen och Vinding Kruse, se Lassen, Alm. del s. 496 om det fallet att vetskap om felet ej skulle ha avhållit köparen från att ingå avtalet utan endast "ført ham til at love et ringere Vederlag for Retten . . ." och s. 510; faktiskt fel medför total hävningsrätt om köparen på given anledning skulle ha uppställt felets ickeförhandenvaro som en förutsättning *för att vara bunden över huvud,* samt Vinding Kruse, a.a. s. 82.

[2] Jfr ovan s. 19 vid n. 4.

[3] Se Ussing, Aftaler s. 482 vid och i n. 3 samt Bristende Forudsætninger s. 99: Regler om prisnedsättning har visst inflytande på väsentlighetsbedömningen. Om borgenären har tillgång till prisnedsättning är man benägen att ställa högre krav än eljest för totalhävning. Om det kan antas att borgenären, om han känt till felet, skulle ha ingått avtalet blott med den modifikationen att priset sänktes, så är totalhävning i regel utesluten.

relevanta, är borgenärens handlingsinställning med avseende på de olika påföljdsalternativen endast en metod att mäta kontraktsbrottets ekonomiska betydelse. Det hypotetiska provet grundas då på ett antagande att borgenären — om han räknat med ett kontraktsbrott av stor betydelse för honom — ej skulle ha slutit något avtal, medan han vid mindre betydelsefulla kontraktsbrott skulle ha ingått avtal och nöjt sig med mer begränsade påföljder än totalhävning.

Detta antagande håller emellertid inte streck — i vart fall får en väsentlighetsbedömning som bygger på detta antagande ett innehåll, som klart strider mot köplagens väsentlighetsregel vid vissa viktiga kontraktsbrottstyper. Mer begränsade påföljder än totalhävning kan ge full kompensation även vid mycket omfattande kontraktsbrott. Köparen kan ha varit villig att ingå avtal, även om han kunnat förutse att 2/3 av godset ej skulle komma att levereras. Enligt köplagen är emellertid underlåtenhet att leverera 2/3 av godset ett väsentligt kontraktsbrott, som utan tvivel ger köparen total hävningsrätt.

Orsaken till de svårigheter som uppkommer då man söker tillämpa förutsättningslärans väsentlighetsbedömning i kontraktsbrottsfallen kan vara att förutsättningsläran inte tillkommit för att komma till rätta med kontraktsbrottsfallen och att man vid utformningen av teorin ej särskilt beaktat dessa fall. Vad man haft i tankarna har varit individuella förutsättningar ej sammanhängande med det kontraktsenliga erläggandet av överenskommet vederlag. Betydelsen av dessa individuella förutsättningar kan ofta inte mätas på annat sätt än genom att söka fastställa löftesgivarens handlingsinställning i en uppkonstruerad situation. I kontraktsbrottsfallen erbjuder sig andra mätningsmetoder.[4]

Den allvarligaste invändningen mot att överföra förutsättningslärans väsentlighetsbedömning till kontraktsbrottsfallen tycks emellertid vara följande: Inom den egentliga förutsättningsläran sker väsentlighetsbedömningen för att avgöra om förutsättningen över huvud skall tillmätas rättslig betydelse och medföra *någon påföljd alls*. Denna fråga motsvaras i kontraktsbrottsfallen närmast av frågan i vad mån parternas förutsättningar skall beaktas vid fastställandet av innehållet i gäldenärens förpliktelse, t ex frågan om något fel i godset föreligger. Denna fråga uppkommer emellertid endast i en begränsad grupp av fall. De flesta kontraktsbrott utgör avvikelser från en i avtalet uttryckligen fastställd eller objektivt bestämd standard (t ex "medelgod vara"), och om en sådan avvikelse har en påvisbar ekonomisk betydelse skall den medföra på-

[4] Jfr nedan s. 65 ff.

följd, även om borgenärens vetskap om kontraktsbrottet av någon anledning ej ens skulle ha påverkat vederlagets storlek.

Väsentlighetsbedömningen i kontraktsbrottsfallen avser i regel en helt annan fråga, *nämligen om ett konstaterat kontraktsbrott skall medföra total hävningsrätt eller om borgenären skall hänvisas till mer begränsade påföljder.* En liknande fråga kan uppkomma vid felaktiga förutsättningar som ej har karaktären av kontraktsbrott. Ussing har betonat att inte blott total ogiltighet utan *även jämkning* kan ifrågakomma i dessa fall. Ussing har också betonat att *löftesgivarens hypotetiska vilja icke bör ha någon betydelse för valet mellan dessa påföljder.* Här skall man låta leda sig av objektiva överväganden.[5]

Om löftesgivarens hypotetiska vilja inte har någon betydelse för påföljdsvalet inom den egentliga förutsättningslärans tillämplighetsområde, kan den rimligen inte heller ha någon betydelse för påföljdsvalet i kontraktsbrottsfallen. Ussing har antytt denna problematik — han medger att man måste ställa högre krav på väsentlighet när borgenären kan fordra prisnedsättning[6] — men såvitt jag kan finna har han inte dragit tillräckligt vittgående slutsatser härav. Det är — såsom ovan visats — inte möjligt att inom ramen för ett hypotetiskt prov beakta olika påföljdsalternativ utan att samtidigt tillmäta borgenärens hypotetiska vilja en avgörande betydelse för påföljdsvalet. Detta är ju inte tillåtet enligt Ussing. Och skall man beakta prisnedsättningen, så måste man väl också ta hänsyn till partiell hävning och skadestånd. Det möjliga tillämpningsområdet för förutsättningslärans väsentlighetsbedömning begränsas då — såvida man inte vill fästa *större* avseende vid löftesgivarens hypotetiska vilja i kontraktsbrottsfallen än i de egentliga förutsättningsfallen — till sådana kontraktsbrott där valet står mellan totalhävning och ingen påföljd alls.

4 Redan inom ramen för förutsättningsläran finner man en utveckling innebärande att man fäster allt mindre avseende vid parternas av-

[5] Ussing, Bristende Forudsætninger s. 64, 211 och 236 f. Se även Vinding Kruse, a.a. s. 57 ff.

[6] Se ovan s. 22 n. 3. Om man tillfullo beaktar de problem som uppkommer då man för in de andra köprättsliga påföljderna i bilden kommer väsentlighetsbedömningen enligt det hypotetiska provet att drabbas av samma invändningar som Ussing själv framförde mot en subjektiv bedömning av riskspörsmålet, se ovan s. 19 vid n. 3—5. Borgenärens valsituation blir så komplicerad att man helt enkelt inte kan veta hur han skulle ha handlat. Avgörandet kommer alltså att bygga på en fiktion. Vidare kan man inte beakta de olika påföljdsalternativen utan att borgenärens handlingsinställning får en avgörande betydelse för påföljdsvalet. Jfr Ussings kritik av Lassen i detta avseende, Bristende Forudsætninger s. 64.

sikter. Nästa steg i utvecklingen innebär att avhängighetsförhållandet helt och hållet förklaras utifrån objektiva synpunkter.

Tro och heder-principen har anförts som hävningens rättsgrund. Det skulle ej vara i överensstämmelse med tro och heder att låta den som inte själv uppfyllt sina förpliktelser bevara rätten till motprestationen. Författaren till ett i fransk doktrin mycket uppmärksammat arbete om ömsesidigt förpliktande avtal[1] går så långt att han inte ens fäster någon avgörande betydelse vid vederlagsförhållandet. I stället är det *ömsesidigheten* i relationen i förening med grundsatsen om "bonne foi", som skapar det rättsliga avhängighetsförhållandet. Således behöver avhängighetsförhållandet inte vara begränsat till förpliktelser som förhåller sig till varandra som prestation och vederlag.

Man har också åberopat en mycket allmän princip, enligt vilken rättsordningen inte tolererar prestation utan adekvat vederlag och konsekvent ingriper för att garantera ett jämviktsförhållande mellan parterna i olika förmögenhetsrättsliga relationer. Genom kontraktsbrottet rubbas det *ekvivalensförhållande* som existerar mellan parternas prestationer, kontraktsenligt fullgjorda, och om man inte genom mer begränsade påföljder kan återställa detta ekvivalensförhållande, måste man upphäva prestationsskyldigheten enligt avtalet.[2]

II. B. 4.

[1] Houin, R., La distinction des Contrats synallagmatiques et unilatéraux. Grundtanken i avhandlingen är att alla *reciproka* fordringar med *ett gemensamt ursprung* ger upphov till en synallagmatisk förbindelse. Detta gemensamma ursprung behöver inte vara ett avtal utan kan vara t ex hävning eller ogiltigförklaring av ett avtal. Någon konnexitet mellan fordringarna erfordras icke, alltså icke något (subjektivt eller objektivt) vederlagsförhållande. Det gemensamma ursprunget är nödvändigt men också tillräckligt för att ge upphov till en i *rättviseprinciper* grundad konnexitet mellan förpliktelserna. Avhandlingens tredje huvudavdelning ägnas åt distinktionens innebörd och rättsliga betydelse vid L'exception d'inexécution (s. 343—359), "Le problème des risques" (s. 377—392) och "La résolution pour inexécution" (s. 393—421). Vad beträffar exception d'inexécution leder Houins tes till en utvidgning av tillämpningsområdet utöver det traditionella. Beträffande hävning tycks skillnaden inte bli så stor. Visserligen existerar det "un rapport synallagmatique" mellan samtliga förpliktelser med ett gemensamt ursprung, men det kan ändock föreligga "une différence d'intensité dans le lien de connexité" (s. 138). Samtliga förpliktelser med ett gemensamt ursprung utgör en odelbar helhet och följaktligen bör icke-uppfyllelse av en förpliktelse vilken som helst "en principe" medföra hävningsrätt, men författaren nödgas införa ytterligare ett bonne foirekvisit, som begränsar hävningsrätten så att den inte resulterar i en "inégalité plus forte que celle qu'elle tend à éviter" (s. 388 f.). Slutresultatet tycks bli att hävningsrätten begränsas till sitt traditionella tillämpningsområde.

[2] En uttömmande redogörelse för denna teori och dess synnerligen omfattande tillämpningsområde finner man hos Maury, Essai sur le rôle de la notion d'équi-

C Ändamålssynpunkter bakom de köprättsliga kontraktsbrottspåföljderna

Man kan tycka att "rättsgrundsatser" som t ex tro och hederprincipen såsom förklaring till hävningsreglerna är rätt innehållslösa. De är så allmänt formulerade, att de endast diffust förmår avspegla de ändamålssynpunkter som måste antas ligga bakom hävningsreglerna. Dock innebär de ett steg framåt i utvecklingen såtillvida, att man accepterar hävning som en av lagstiftaren utformad påföljd och släpper tanken om bundenhet vid avtalet, parternas avsikter vid avtalets slutande eller i vart fall något slags genomsnittlig partsvilja. Vägen är då öppen för att vid utformningen av hävningsreglerna fästa avseende vid en rad olika ändamålssynpunkter. Man kan beakta, ej blott borgenärens intresse av köpets hävande utan också gäldenärens intresse av att köpet *icke* hävs. Man kan vidare vid hävningsreglernas utformning ta hänsyn till ändamålssynpunkter som sträcker sig längre än att åstadkomma lämpliga lösningar av uppkomna intressekonflikter, framför allt önskvärdheten av att genom reglernas utformning inskärpa betydelsen av att åtagna förpliktelser fullgörs korrekt.

För att avgöra om hävning bör vara tillåten i en viss situation är det inte tillräckligt att konstatera att hävningen har en viss önskad effekt. Man måste också beakta eventuella, ej önskvärda, bieffekter. En avvägning av dessa mot varandra stående intressen kan inte företas utan att man beaktar möjligheten att genom andra metoder än total hävning åstadkomma den önskade effekten. Olika påföljder anknutna till kontraktsbrott tillgodoser i stor utsträckning samma ändamålssynpunkter. Detta förhållande har i skandinavisk rätt kommit i skymundan genom att hävnings- och prisnedsättningspåföljden anknutits till förutsättningsläran, medan skadeståndet ju har en helt annan historisk bakgrund.[1] Här skall jag till en början betrakta påföljdssystemet i dess helhet och

valence en droit civil français. Om hävning se särskilt Band I s. 274 ff. Energiska förespråkare för denna teori är Picard et Prudhomme, La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations (Rev. Trim. 1912 s. 64 ff.). Maury anser att begreppet ekvivalens utgör det huvudsakliga underlaget till art. 1184, men att också den repressiva aspekten måste beaktas, se a.a. s. 278 ff. Bland skandinaviska författare har bl. a. Vinding Kruse uttalat sympati för ett upprätthållande av "Vederlagshensynet" över hela förmögenhetsrätten och som grund för hävningsrättsföljden, se Restitutioner s. 101 f., 128, 315.

II. C.

[1] Påpekas och kritiseras skarpt av Jørgensen, se Misligholdelse s. 451, s. 489 f.

granska de ändamålssynpunkter som bär upp det.[2] Först därefter granskas de olika påföljderna var och en för sig och jämförs med varandra med avseende på önskvärda och ej önskvärda effekter.[3]

1 En bärande funktion i påföljdssystemet är att tillgodose borgenärens intressen i en uppkommen kontraktsbrottssituation. Enligt min uppfattning har hävningspåföljden likaväl som skadeståndspåföljden en *reparativ funktion*. Emellertid uttrycker man sig inte alltid på detta sätt. I stället för att framhäva att hävningspåföljden undanröjer eller kompenserar en genom kontraktsbrottet uppkommen skada eller olägenhet säger man att hävningspåföljden riktar sig mot *avtalet* och syftar till att återställa borgenärens förmögenhetsläge sådant det skulle ha varit om han aldrig ingått avtalet.[4] Att avtalet hävs innebär enligt Lassen att borgenären "frigjøres for dennes Retsvirkning som Kontrakt".[5] Ovan berördes uppfattningen att hävningsförklaringen retroaktivt "upplöser" avtalet och att hävningsrättsföljden är en "följd" av denna upplösning och således ej direkt anknuten till kontraktsbrottet.[6] Denna konstruktion tas väl inte riktigt på allvar inom modern skandinavisk doktrin utan hävningsrättsföljden anses vara direkt anknuten till kontraktsbrottet (jämte hävningsförklaringen). Inte heller anser man sig ur avtalet kunna utläsa något tyst hävningsförbehåll, och man fäster inte avgörande betydelse vid frågan om borgenären skulle ingått avtalet om han kunnat förutse kontraktsbrottet. — Det blir då inte så alldeles lätt att förklara varför ett inträffat kontraktsbrott skall ge borgenären rätt att dra sig ur avtalet. *Avtalet* är det ju inget fel på. Det är *kontraktsbrottet* och den skada och olägenhet, som det kan medföra för borgenären, som föranleder lagstiftaren att ingripa genom att ge borgenären hävningsrätt. Beskrivningen av hävningens ekonomiska effekt måste på något sätt anknytas till det förhållande som motiverar att den inträder.

Det är naturligtvis inte oriktigt att säga att hävning (i regel) innebär att borgenärens förmögenhetsläge återställs sådant det skulle ha varit om han inte ingått avtalet. Detta sätt att beskriva hävningens ekonomiska effekt gör emellertid inte rättvisa åt de synpunkter som mo-

[2] Jfr en motsvarande redogörelse hos Bengtsson, § 9 B (s. 162 ff.) om Hävningsrätters olika funktioner.
[3] Se nedan under III.
[4] Dock Mazeaut, som anser att den reparativa effekten är hävningens bärande funktion, se s. 879 f., sammanfattande om La résolution judiciaire", och nr 1094.
[5] Lassen, Alm. del § 41 V.
[6] Ovan s. 1 f.

tiverar hävningsrätt och åt hävningens relation till andra påföljder (skadestånd) samt bäddar för en — enligt min uppfattning — felaktig lösning av vissa intressekonflikter.[7] Hävningens ekonomiska effekt bör hellre beskrivas i relation till kontraktsbrottet. Ett återställande av status quo ante för borgenären har i en rad viktiga typsituationer en klar reparativ effekt. Om kontraktsbrottet medför att godsets värde, objektivt eller endast för borgenären, numera är lägre än köpeskillingen, inträder i och med hävningen en förbättring av borgenärens förmögenhetsläge. Denna förbättring täcker ofta inte *hela* den skada som uppkommit genom kontraktsbrottet och kan ibland vara *större än* denna skada, som utgörs av skillnaden mellan borgenärens förmögenhetsställning efter kontraktsbrottet (bortsett naturligtvis från hans rätt till skadestånd eller prisnedsättning) och hans förmögenhetsställning sådan den skulle ha varit om avtalet fullgjorts kontraktsenligt. Men *i den mån* som den genom hävningen inträdda förbättringen av borgenärens förmögenhetsläge täcker en genom kontraktsbrottet uppkommen skada, så bör *hävningens ekonomiska effekt uppfattas som en kompensation för denna skada.* Det är detta som är hävningens ändamål i de nu behandlade typfallen. Återställande av borgenärens situation quo ante sker därför att man därigenom tillgodoser detta ändamål. Om man upphöjer återställandet av borgenärens situation quo ante till hävningens yttersta ändamål gör man sig skyldig till en förväxling av mål och medel.

Om hävningen inte ger full reparativ effekt kan den kompletteras med skadestånd. Det förhållandet att denna påföljdskombination är tillåten — att hävning kan förekomma både med och utan kompletterande skadestånd — tyder på att den nu hävdade uppfattningen om hävningens ändamål är den riktiga. Om man betraktar avtalets upplösning och återställandet av borgenärens förmögenhetsläge quo ante som hävningens yttersta ändamål, ter det sig ju egendomligt att hävningen kan kombineras med en påföljd som tvärtom bygger på avtalet och syftar till att försätta borgenären i samma ekonomiska situation som han skulle ha varit om avtalet uppfyllts kontraktsenligt.[8] Man har också av denna anledning hävdat att ett avvisande av avtalets fullgörande in natura i förening med skadestånd motsvarande positiva intresset inte bör betraktas som hävning. Eftersom hävning innebär att borgenären drar sig ur avtalet, kan han inte samtidigt göra anspråk på positiva intresset. Det skulle vara att på en gång intaga två med varandra

[7] Se särskilt nedan 4 kap. IA 3 och 4 om "skuldtanken" och dess konsekvenser.

[8] Jfr Maury I, s. 280: Om hävningens ändamål var att "remettre les choses en état", så skulle den inte kunna kombineras med skadestånd för positiva intresset.

oförenliga ståndpunkter.[9] Detta (skenbara) motsättningsförhållande mellan hävning och skadestånd upplöses om man ser *den reparativa effekten* som hävningspåföljdens ratio. Det ligger ingenting motsägande i att en påföljd med en begränsad reparativ effekt kan kombineras med en annan påföljd så att borgenären erhåller *full* ekonomisk kompensation.

Ser man saken på detta sätt borde borgenären inte kunna fordra att bli försatt i ett förmögenhetsläge quo ante, i den mån han därigenom skulle bli *bättre ställd* än om avtalet fullgjorts kontraktsenligt. Till denna del kan den ekonomiska effekten inte utgöra ekonomisk kompensation för den skada han lidit genom kontraktsbrottet. Denna utgjordes ju av differensen mellan borgenärens förmögenhetsläge efter kontraktsbrottet och hans förmögenhetsläge sådant det skulle ha varit om kontraktsbrottet inte inträffat.[1]

I åtminstone två fall gör borgenären en vinst genom avtalets hävande i den betydelsen att han blir *bättre ställd* än om avtalet fullgjorts kontraktsenligt.

Om borgenären köpt eller sålt till ett för honom ofördelaktigt pris gör han en sådan vinst, men som bekant är han inte skyldig att avräkna eller återställa värdeskillnaden mellan de båda prestationerna, kontraktsenligt fullgjorda. Hävningens effekt i denna typsituation behöver emellertid inte uppfattas som ingående i hävningens ändamål. Den kan — och bör enligt min uppfattning — uppfattas som en inte direkt eftersträvad utan blott tolererad bieffekt hos en påföljd, vars ändamål är att reglera den genom kontraktsbrottet uppkomna skadan.[2]

[9] Jfr ovan s. 7 vid n. 7 och s. 27 vid n. 5.

[1] En motsvarande frågeställning har diskuterats i litteraturen om skadestånd motsvarande "negativa kontraktsintresset". Då ett avtal återgår på grund av någon ogiltighetsanledning, anses den oskyldiga parten vara berättigad till ersättning för de kostnader han haft i samband med avtalets ingående. Det frågas då om borgenären, för det fall att avtalet på grund av någon omständighet, som ej sammanhänger med ogiltighetsanledningen, skulle ha blivit förlustbringande för honom, måste finna sig i att man vid skadeståndets beräkning drar av den vinst han gör genom att slippa vara bunden vid avtalet. Frågan besvaras i allmänhet — ehuru med viss tveksamhet — jakande för de fall där borgenären ingått avtalet på grund av rent ekonomiska överväganden. Se Rodhe, § 45 vid n. 47 ff., Ussing, Alm. del § 16 II B 2.

[2] Jfr Nial, TfR 1936 s. 17 och Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s. 74 ff. om ogiltighetspåföljden vid förvärv i strid mot legala förbud. Syftet med dylika förbud är i allmänhet att viss egendom inte skall hamna hos en olämplig ägare, *ej* att beta parterna möjligheten att ådra sig obligationsrättsliga förpliktelser. Påföljdens effekt vid prisförändringar står därför ej i överensstämmelse med reglernas syfte.

Av att man tolererar hävningens bieffekt då denna beror på prisförändringar, kan man inte sluta sig till att man tolererar en motsvarande bieffekt då ett fasthållande av avtalet av andra skäl är oförmånligt för borgenären. Om köparen får häva och ej blir ersättningsskyldig, oaktat han inte kan återställa mottaget gods i oförändrat skick, gör han i vissa fall en vinst genom avtalets hävande. Denna situation skall utförligt behandlas i fjärde kapitlet.

2 Påföljdssystemet skall också verka *preventivt* genom avskräckning och moralbildning. Kännedom om påföljdssystemet skall verka avhållande på den presumtive kontraktsbrytaren, och genom att kontraktsbrott regelmässigt medför av rättsordningen instituerade påföljder inskärps så småningom i det allmänna rättsmedvetandet att man bör uppfylla åtagna förpliktelser så noggrant som möjligt.

För att fylla denna funktion så väl som möjligt bör påföljdsreglerna vara så beskaffade att ett inträffat kontraktsbrott *alltid* drar med sig den föreskrivna påföljden. Rekvisiten får inte vara så utformade att det i ett betydande antal fall blir möjligt för gäldenären att undgå ansvar på grund av *bevissvårigheter*. Vidare antar man att ju *strängare* påföljdssystemet är utformat, desto mer preventivt verkar det.

En rättsföljd som har en reparativ effekt verkar samtidigt preventivt. En påföljd, som innebär att borgenären undgår den skada han lidit genom kontraktsbrottet, innebär i regel att samma skada överförs på gäldenären. Då man så starkt framhäver den preventiva funktionen hos hävningspåföljden och dess betydelse för hävningsreglernas utformning, tänker man i första hand på sådana fall där man skärpt reglerna *utöver vad som är erforderligt för att tillgodose den reparativa funktionen*. Ur reparativ synpunkt finns det ingen anledning att tillåta hävning om i det aktuella fallet ingen skada inträffat, men ur preventiv synpunkt är det angeläget att anknyta hävning till allt handlande *som till sin typ är sådant att det kan medföra skada*. Vidare kan den reparativa synpunkten inte *ensam* motivera totalhävning i de fall, där man med mer begränsade påföljder kan åstadkomma full reparativ effekt och totalhävning vållar gäldenären en icke obetydlig olägenhet därutöver.

Vid avgörandet av i vilken utsträckning man kan tillgodose rent preventiva synpunkter, kan man inte bortse från *orsaken* till kontraktsbrottet. Om kontraktsbrottet är avsiktligt eller grovt culpöst, behöver man inte ta någon hänsyn till gäldenärens intresse av att hävningspåföljden inte inträder. Om däremot kontraktsbrottet uppkommit utan hans vållande bör man beakta också hans intressen. I sistnämnda fall

kan man inte heller genom en sträng påföljd åstadkomma någon mer betydande preventiv effekt.

I rättssystem, där man skiljer mellan hävning på grund av gäldenärens vållande och de rena riskfallen, betonas för de förra fallens vidkommande hävningens *repressiva funktion,* dess karaktär av sanktion gentemot en typ av mänskligt handlande som rättsordningen ogillar.[1] Om man såsom i fransk och tysk rätt skiljer mellan hävning på grund av vållande från gäldenärens sida och hävning i rena riskfall, kan man tillåta sig att i de förra fallen ge hävningspåföljden en gentemot gäldenären repressiv utformning. Om man däremot — av skäl som skall utvecklas i det följande[2] — vill ha en enhetlig regel för dessa olika typfall, måste man vara mer försiktig och beakta att regeln kommer att tillämpas *även* i situationer där gäldenärens beteende inte motiverar en repressiv utformning av regeln.

3 Ett nära samband med den preventiva funktionen har *påtryckningsfunktionen.* Att en rättsregel verkar prevenerande mot kontraktsbrott är ju detsamma som att den stimulerar till riktig uppfyllelse. Det är emellertid inte denna effekt hos olika påföljdsregler som avses då jag här talar om påtryckningsfunktionen. Vad gäller hävning och skadestånd så är det inte *påföljdernas utövande* som verkar som ett incitament till riktig uppfyllelse. Skadestånd förutsätter att skada redan inträffat, och när hävningspåföljden inträtt är det för sent att erbjuda riktig uppfyllelse. Hävning och skadestånd stimulerar på det sättet till riktig uppfyllelse att *gäldenärens vetskap om deras eventuella förverkligande i framtiden* utgör ett incitament för gäldenären att uppfylla sina förpliktelser.

Härifrån har man att skilja funktionen hos den påföljd som innebär att borgenären *tills vidare* innehåller den egna prestationen i avbi-

II. C. 2.

[1] Se för fransk rätts vidkommande Cassin, Réflexions sur la résolution judiciaire. Den allvarligaste invändningen mot Capitants causelära är enligt Cassin att man tappat bort *hävningens repressiva funktion* (s. 168), hävningsinstitutets funktion skulle vara inte blott att skydda individen genom att tillse att hans avsikter blir respekterade utan också att skydda "la bonne foi, la sécurité dans les relations d'affaires" (s. 169 f.), och det element som dominerar hävningsrätten är dess *judiciella karaktär* (s. 170). Även i tysk rätt betraktas Rücktritt likaväl som Schadenersatz wegen Nichterfüllung i första hand som en sanktion gentemot en gäldenär som avsiktligt eller culpöst underlåtit att fullgöra sina förpliktelser.

[2] Se nedan under 5 om synpunkten att reglerna skall vara lätta att tillämpa för parterna själva.

dan på riktig fullgörelse, den s k detentionsrätten.[1] Sådant innehållande skapar — eller kanske snarare vidmakthåller — en faktisk situation som innebär en press på gäldenären att prestera. Vad beträffar detentionsrätten i motsats till hävningsrätten förhåller det sig alltså så att *påföljdens utövande* innebär en press på gäldenären att fullgöra sina förpliktelser. Denna effekt benämner jag påtryckningseffekt.[2]

I praktiken lär det inte vara möjligt att hålla isär den direkta påtryckningseffekten hos en redan utövad detentionsrätt och hävningsrättens preventiva effekt. Om detentionsrätt föreligger, föreligger också hävningsrätt för det fall att detentionsrätten inte skulle få avsedd effekt. Detentionsrätten och hävningsrätten är lika nära förbundna med varandra som t ex de i panträtten ingående rättigheterna att innehålla panten och att försälja den. Det är inte möjligt att avgöra vilket moment i dessa rättsföljdskombinationer som påverkar gäldenärens handlande — om han presterar därför att borgenärens temporära innehållande av motprestationen respektive panten nu innebär en olägenhet för honom eller därför att han vet att det temporära innehållandet kan komma att övergå i ett definitivt innehållande. Dock kan det vid reglernas utformning vara av viss vikt att hålla isär preventiv effekt och direkt påtryckningseffekt.

4 En rättighets värde för borgenären är beroende av gäldenärens vilja och förmåga att prestera samt *möjligheten att utan gäldenärens medverkan utöva rättigheten.* Detta gäller i hög grad de rättigheter för borgenären som ingår i det köprättsliga påföljdssystemet. Om påföljdsreglerna utformas så att borgenären inte bara tillerkänns rättigheter utan också ges möjlighet att gentemot en ovillig eller insolvent gäldenär utöva dessa rättigheter utan att behöva vända sig till domstol och anlita myndighet vid exekutionen, förstärks den reparativa och den preventiva effekten.

Det förhållandet att den som är borgenär i ett ömsesidigt förpliktande avtal har i sin hand en prestation, som tillkommer gäldenären, erbjuder en sådan möjlighet. Genom att tillse att borgenären inte be-

II. C. 3.

[1] Om detentionsrätten och dess påtryckningsfunktion se närmare nedan 2 kap. I 3.

[2] Terminologin på området är av naturliga skäl vacklande. Hellner, Köprätt 9.5 (s. 84), talar om hotet om att kunna häva som ett "påtryckningsmedel" och tycks då avse vad jag kallar hävningens preventiva funktion. Bengtsson, § 9 B 2, talar om hävningens påtryckningseffekt som någonting skilt från dess preventiva effekt. Han avser då hotet om hävning som ett medel för borgenären att *efter* ett inträffat kontraktsbrott framtvinga en fördelaktig uppgörelse.

höver släppa ifrån sig den egna prestationen förrän han erhållit motprestation, och genom att tillåta honom att på olika sätt tillgodogöra sig värdet av den egna prestationen tillgodoses *säkerhetssynpunkten.*

Säljarens hävningsrätt vid köparens dröjsmål med betalningen har sin *huvudsakliga* betydelse som ett sätt för säljaren att behålla säkerhet för köpeskillingen i det sålda godset.[1] Borgenärens intresse av att erhålla köpeskillingen blir inte mindre genom det inträffade kontraktsbrottet, men hävning tillåts därför att man inte vill riskera, att borgenären förlorar både godset och köpeskillingen, och eftersom man inte heller kan uppskjuta en avveckling av rättsförhållandet.

Detta förklarar regeln i 28 § andra stycket KöpL, att säljaren inte han häva, sedan godset kommit i köparens besittning.[2] Ur reparativ synpunkt är hävning icke erforderlig. Endast i undantagsfall har köpeskillingen mindre värde för säljaren därför att den erläggs för sent. Någon säkerhetsfunktion kan hävningsrätten inte fylla, sedan godset väl övergått i köparens besittning. Om köparen inte vill medverka, lär det vara lika svårt att få ut godset som köpeskillingen. Vad säljaren skulle

II. C. 4.

[1] Hellner, Köprätt 12.3.

[2] Hellner, a.st. I köplagens förarbeten anfördes visserligen som motiv till regeln, att säljarens åtgärd att lämna ifrån sig godset utan att ha erhållit betalning måste presumeras innebära att han avstår från all rätt till godset för att uteslutande hålla sig till köparens person (NLB s. 54 f.), att säljarens beteende är sådant, att han måste anses definitivt ha uppgivit sin rätt att hålla godset inne (NJA II 1906 N:r 1 s. 59). Se även Almén, § 28 vid n. 112 ff. och på det 10:e Nordiska Juristmötet, NJMF 10, särskilt s. 158 f. Om detta tämligen dubiösa resonemang (Karlgrens uttryck, TfR 1938 s. 470 n. 1) skall ha någon reell innebörd, så måste härmed avses att säljarens beteende måste *tolkas* som ett avstående från hävningsrätten. Detta sätt att förklara regeln uitifrån allmänt avtalsrättsliga grundsatser avvisades emellertid redan av Møller i Forudsætninger 1894, se s. 86 ff. Møller försöker först lösa problemet utifrån parternas förutsättningar (s. 88) och kommer då fram till att parterna, om de på förhand övervägt möjligheten av att köpeskillingen icke skulle erläggas, säkert skulle ha överenskommit om rätt för säljaren att häva, d v s återtaga godset om det fanns i behåll. Emellertid borde man i stället utgå från "almindelige retlige Overvejelser". Man kommer då fram till att, eftersom i åtskilliga fall godset icke skulle finnas i behåll när hävningspåföljden skulle utövas, en rätt att återta detsamma skulle te sig så osäker, att den inte kan spela någon avgörande roll för säljaren. Därför kan hänsynen till säljarens intressen av att kunna häva, då godset faktiskt finns i behåll, inte väga upp de olägenheter som är förbundna med en regel som ger säljaren rätt att återta godset. En liknande förklaring till regeln ger Ussing, Alm. del § 11 III F 2 a. Karlgren tycker inte att Ussings resonemang innehåller någon tillfredsställande förklaring till regeln, och ogillar den de lege ferenda (såvitt den avser parternas obligationsrättsliga mellanhavande), se a.st. samt Kollegium i allmän obligationsrätt s. 47.

kunna vinna på en obligatorisk rätt att återta godset är dettas eventuella övervärde i förhållande till köpeskillingen. Regeln i 28 § andra stycket visar att detta intresse inte kan motivera hävningsrätt. Detta stämmer med min uppfattning att möjligheten att genom hävning på motparten övervältra prisförluster icke är en önskad men blott tolererad bieffekt av hävningspåföljden.[3]

5 Det köprättsliga påföljdssystemet är avsett att i så hög grad som möjligt handhas av parterna själva. Parterna skall — utan att behöva vända sig till domstol — själva kunna lösa uppkomna intressekonflikter i enlighet med köplagens regler.[1] Reglerna bör därför vara *lätta att tillämpa för parterna själva.* De bör vara så utformade att man i möjligaste mån undviker tvister om huruvida en viss regel är tillämplig eller ej, *dels* därför att sådan oenighet försvårar en uppgörelse i godo, *dels* därför att en felbedömning av rättsläget kan föranleda part att agera på ett sätt som medför betydande skada för honom själv.

Antag att en part räknar med att ett inträffat kontraktsbrott ger honom hävningsrätt och därför vägrar att prestera. Om det vid domstolsprövning visar att kontraktsbrottet ej var tillräckligt väsentligt för att medföra hävningsrätt, kommer hans handlande att bedömas som ett kontraktsbrott som ger *motparten* hävningsrätt. Samma olyckliga konsekvenser uppkommer om part felbedömer förutsättningarna för detentionsrätt eller om köparen misstar sig beträffande storleken av det skadestånd eller den prisnedsättning som han är berättigad till i anledning av fel i godset. Hans vägran att utge *hela* det belopp, som efter prisnedsättning eller med avdrag för skadestånd återstår av köpeskillingen, utgör ett dröjsmål som ger säljaren hävningsrätt. Köparens felbedömning av det skadestånd han är berättigad till i anledning av köpets hävande kan ge upphov till liknande konsekvenser, nämligen om han redan mottagit godset och jämlikt 57 § andra stycket innehåller det såsom säkerhet för utfående av skadeståndet. Om köparen inte har rätt till skadestånd eller blott till ett lägre belopp än det han fordrar, ger hans vägran att återställa godset säljaren rätt att inhibera den redan inträdda hävningsrättsföljden.

För att undvika tvister och felbedömningar bör de köprättsliga påföljderna anknytas till omständigheter vilkas förhandenvaro parterna lätt kan konstatera. Intresset av att utforma påföljdsreglerna så att

[3] Jfr ovan s. 29.
II. C. 5.
[1] Jfr Bengtsson, § 9 vid n. 38 ff. och Sundberg, Om ansvaret för fel i lejt gods s. 98.

de ej ger upphov till felbedömningar, kommer med nödvändighet i konflikt med önskvärdheten att i olika typsituationer ge regler som innebär en riktig avvägning av mot varandra stående intressen av annat slag. Lättillämpligheten uppnås på bekostnad av en förgrovning av reglerna. Om reglerna skall vara lätta att tillämpa, kan man inte ge olika regler för situationer som skiljer sig åt endast med avseende på omständigheter som för parterna är svåra att konstatera eller bedöma. Av hänsyn till gäldenärens intressen och till preventionssynpunkten finns det visserligen anledning att beakta orsaken till kontraktsbrottet vid hävningsreglernas utformning. För borgenären kan det emellertid vara svårt att få kunskap om hur kontraktsbrottet uppkommit eller avgöra om gäldenärens beteende i sammanhanget når upp till ett i regeln uppställt krav på vållande. En nyansering av hävningsreglerna i detta avseende skulle i ett antal fall ge upphov till tvister och till felbedömningar av rättsläget med åtföljande oproportionerligt stor skada för borgenären, eller till att borgenären inte vågade begagna sig av en riktig bedömning av rättsläget, vilket är lika illa. Hellre då en regel som i vissa situationer inte ger någon idealisk lösning, resonerar man.

III Om hävning och andra kontraktsbrottspåföljder i olika typsituationer

A Totalhävning

1 Begreppet köp förutsätter att det åtminstone enligt parternas uppfattning råder ett ekvivalensförhållande mellan de mot varandra stående prestationerna, kontraktsenligt fullgjorda. Var och en av parterna förpliktar sig, därför att de önskar erhålla motpartens prestation. Genom att ingå avtalet visar en part att den prestation han erhåller enligt hans uppfattning och för honom är åtminstone lika mycket värd som den prestation han lämnar i utbyte. Om part avsiktligt sluter ett för honom oförmånligt avtal, innebär detta i regel att transaktionen får ett benefikt inslag och förlorar sin karaktär av rent köp. Om part tvingas eller förleds att sluta avtalet blir detta ogiltigt.

Detta subjektiva ekvivalensförhållande motsvaras i regel av ett *ungefärligt objektivt ekvivalensförhållande*. Man räknar med att den fria marknadsekonomin medför ett "rätt pris" på varje vara, och man räknar också med att de som uppträder på marknaden har en åtminstone ungefärlig kunskap om detta pris och alltså inte säljer för billigt eller köper för dyrt. Ett objektivt ekvivalensförhållande mellan prestationerna föreligger om köparen av annan säljare kunnat inköpa samma slags gods till samma pris och säljaren till annan köpare kunnat avyttra samma slags gods till samma pris.

Hävningens reparativa effekt bygger på detta objektiva ekvivalensförhållande mellan prestationerna, kontraktsenligt fullgjorda. Hävning kan beskrivas som ett slags kvittningsförfarande som ger ett saldo till den hävandes förmån, och detta saldo är relaterat till den genom kontraktsbrottet uppkomna skadan. Om kontraktsbrottet är av sådant slag att det objektivt nedsätter värdet av den prestation som berörs därav, innebär hävning att denna förlust överförs från den hävande till hans motpart. Hävningspåföljden är visserligen oftast mer *omfattande* än kontraktsbrottet, men den *ekonomiska effekten* av hävningspåföljden motsvarar den genom kontraktsbrottet uppkomna skadan. Om köparen häver hela avtalet därför att 10 % av godset är behäftat med fel, som gör denna del av godset helt värdelöst, är likväl den ekonomiska effek-

ten av totalhävningen begränsad till den genom kontraktsbrottet uppkomna förlusten. Köparen får behålla *hela* köpeskillingen och förlorar rätten till allt godset, men, eftersom prestationerna, kontraktsenligt fullgjorda, förutsätts vara ekvivalenta, ger hävningen ett saldo till den hävandes förmån, som sammanfaller med den genom kontraktsbrottet uppkomna förlusten. Om 30 % av godset är behäftat med fel, som gör det värdelöst, ger totalhävning en ekonomisk effekt som svarar mot denna skada. Hävningspåföljden har så att säga en *inbyggd mekanism som anpassar dess ekonomiska effekt till den genom kontraktsbrottet uppkomna skadan.*

Från skadestånd skiljer sig hävning främst genom att den avsedda reparativa effekten uppkommer *indirekt,* genom ett kvittningsförfarande som ger ett saldo till den hävandes förmån på sätt som beskrivits i föregående stycke. Skadestånd innebär skyldighet att till den skadelidande utge ett penningbelopp motsvarande skadan och är alltså en mer direkt metod att uppnå den önskade ekonomiska effekten. Hävningen är i regel mer omfattande än det kontraktsbrott som föranleder hävningen, eftersom den prestation som berörs av kontraktsbrottet och som omfattas av hävningen, trots kontraktsbrottet i de flesta fall bevarar ett visst ekonomiskt värde. Om däremot kontraktsbrottet är av sådant slag att prestationen blir helt värdelös, t ex totalförstöring av bestämt gods, framstår också hävning som en direkt metod att uppnå den önskade ekonomiska effekten. Vid hävning förlorar den kontraktsbrytande parten rätten till eller blir skyldig att återställa en prestation, vederlaget för den genom kontraktsbrottet värdelösa prestationen. Denna förutsätts vara värdemässigt ekvivalent med den av kontraktsbrottet berörda prestationen, korrekt fullgjord, och följaktligen också med den skada som uppkommer genom att denna prestation blir totalförstörd. Skadeståndspåföljden innebär likaledes att han får utge ett belopp motsvarande den skada som uppkommit genom att godset blivit totalförstört. I detta läge sammanfaller de båda påföljderna även med hänsyn till metoden för uppnående av den avsedda ekonomiska effekten.

2 Från skadeståndspåföljden skiljer sig hävning vidare genom att *den reparativa effekten ofta icke omfattar hela den genom kontraktsbrottet uppkomna skadan.* Genom hävning kompenseras icke den skada som motsvarar det *övervärde* godset skulle ha haft *i köparens hand,* om det varit kontraktsenligt. Det objektiva ekvivalensförhållandet innebär att köparen av annan säljare kunnat inköpa samma slags gods till samma pris, *inte* att priset är ekvivalent med godsets värde *i köparens*

hand. I affärsförhållanden förhåller det sig i regel tvärtom så att köparens vidareförsäljningspris eller godsets värde för honom vid annat slags användning är större än köpeskillingen. Det är just detta förhållande som föranlett honom att ingå avtalet. Detta övervärde behöver inte ha någon individuell karaktär. Det beror ofta på att köparen är verksam i ett senare led i produktions- och distributionskedjan. Detaljhandelspriset på en vara är som bekant högre än grossistpriset. I åtskilliga fall kan köparen undgå denna skada genom att inköpa samma slags gods från annan säljare, och köparen är även "skyldig" att företa täckningsköp, såtillvida att skada som skulle ha undgåtts genom ett sådant täckningsköp icke är ersättningsgill.

Motsvarande gäller i viss mån säljarens skada, då denne hävt. Ekvivalensförhållandet innebär, sett från hans sida, att han till annan köpare kan avyttra samma slags gods till samma pris, däremot ej att priset sammanfaller med hans inköpspris eller produktionskostnader. Tvärtom är det förhållandet att han kan tillverka till lägre kostnader eller inköpa till lägre pris än det han tar ut vid försäljning, som föranlett honom att ingå avtalet.

Köparen anses kunna undgå denna typ av skada genom att företa ett täckningsköp. Säljaren anses däremot inte kunna undgå en motsvarande skada genom att till annan köpare sälja godset till ett pris som motsvarar eller t o m är högre än det som avtalats med den försumlige köparen. Detta gäller i vart fall då säljaren kan tillverka eller inköpa varor av det slag som avses med köpet i obegränsad mängd. Här innebär underlåtet fullföljande av det aktuella köpet en förlust, som inte kan kompenseras genom ett annat köp slutet på samma villkor.[1] Rättspraxis antyder, att man numera utgår från att säljarens avsättningsmöjligheter är begränsade i förhållande till hans tillgång till varan, och att skadestånd motsvarande skillnaden mellan framställningskostnader eller eget inköpspris och med köparen avtalat pris i regel skall utgå.[2]

III. A. 2.

[1] Se NJA 1915 s. 508 (med yttrande av Almén) (Säljare som i obegränsad utsträckning kunde frambringa vara (kalksten) tillerkänd skadestånd med skillnaden mellan egna produktionskostnader och avtalat pris, trots att marknadspriset vid leveranstiden avsevärt översteg det avtalade priset), NJA 1917 s. 109 (Säljare som "praktiskt taget efter behag" kunde framskaffa varan tillerkänd skadestånd), NJA 1920 s. 248 (Säljare som i obegränsad utsträckning kunde skaffa skrivmaskiner från fabrik i Amerika tillerkänd skadestånd (dissens), samt senast NJA 1953 s. 14. Se vidare Almén, § 30 vid n. 11d — 11h, Hellner, Köprätt 12.5 (s. 121) och i TfR 1966 s. 312 samt Rodhe, § 46 vid n. 42 f.

[2] NJA 1929 s. 556 och 1953 s. 14, där säljare tillerkändes skadestånd för förlorad handelsvinst utan att man i domskälen betonade en eventuell begränsning av av-

Det sagda gäller det övervärde köpeskillingen kan ha *i relation till godset* sett ur säljarens synpunkt. Skada, som kunde ha undgåtts om säljaren disponerat över ett belopp motsvarande köpeskillingen, torde i regel inte vara ersättningsgill. Säljaren kan alltså inte som grund för ersättningsskyldighet åberopa att han, om han i rätt tid erhållit den avtalade köpeskillingen, skulle ha kunnat sluta eller fullfölja en vinstgivande affär.[3]

3 a Om det förutsatta objektiva ekvivalensförhållandet mellan prestationerna aldrig existerat — köparen har köpt för dyrt eller säljaren har sålt för billigt — eller rubbats genom en prisförändring efter avtalets slutande (men före den för avlämnandet bestämda tiden),[1] påverkas den ekonomiska effekten av hävningspåföljden. Om transaktionen var *förmånlig* för borgenären *begränsas hävningens reparativa effekt ytterligare.* Köparen kan inte, då en prisförändring till hans förmån inträffat, undkomma den genom kontraktsbrottet åstadkomna värdeminskningen i godset utan att samtidigt avstå från den genom andra omständigheter uppkomna värdeökningen. Full reparativ effekt kan emellertid uppnås genom att hävningen kombineras med skadestånd.

Om däremot avtalet var eller blivit *oförmånligt* för borgenären *sträcker sig hävningens effekt utöver det reparativa syftet.* Denne kan då genom hävningen övervältra en förlust, som inte har något samband med kontraktsbrottet, på motparten och ta kontraktsbrottet som en förevändning av komma ifrån ett avtal, som av andra skäl blivit ofördelaktigt för honom. Hävningens ekonomiska effekt i detta avseende kan inte vara direkt avsedd eller önskad. Att en värdeförlust åstadkommen genom ett kontraktsbrott överförs till den som begått kontraktsbrottet ter sig som en rimlig och rättvis följd av kontraktsbrottet. Att den hävande skall kunna övervältra en förlust, som inte har minsta samband

sättningsmöjligheterna jämfört med tillgången på varan. Jfr Hellner och Rodhe, a.st.

[3] I vart fall måste skadan för köparen ha varit beräknelig, och genom detta krav faller de flesta skadeståndsanspråk av denna typ. I NJA 1919 s. 486 ansåg tre JustR att det kom an på om skadan var beräknelig eller ej, medan två JustR ansåg att denna typ av skada över huvud inte var ersättningsgill. Jfr notisfallet 1919 A 356, avgjort tidigare samma år, där säljaren tillerkändes skadestånd för sådan förlust. Se vidare Almén, § 38 vid n. 50—55b, Hellner, a.a. s. 313 samt Rodhe, § 46 vid n. 54.

III. A. 3a.

[1] Om prisfallet inträffar *efter* den för avlämnandet bestämda tiden kan den genom dröjsmålet *för borgenären* uppkomna skadan sägas bero av kontraktsbrottet, såtillvida att borgenären, om godset avlämnats i tid, skulle ha kunnat undgå förlusten genom en omedelbar vidareförsäljning.

med kontraktsbrottet och som enligt avtalets bestämmelser skulle stanna på honom, kan ej uppfattas som en adekvat följd av kontraktsbrottet. En annan sak är att lagstiftaren *tolererar* hävningens ekonomiska effekt då prisförändringar inträffat, därför att hävningspåföljden jämförd med andra tänkbara påföljder har fördelar som uppväger dessa ogynnsamma biverkningar.[2]

Även i andra situationer innebär hävning att den hävandes motpart får vidkännas en förlust som inte har samband med den genom kontraktsbrottet åstadkomna värdeminskningen i den prestation han var skyldig att utge.

b Om säljarens prestation utgörs av för köparens behov specialtillverkade varor, som säljaren inte själv kan använda eller avyttra till annan, innebär hävningen en förlust för säljaren, som går utöver den genom kontraktsbrottet, t ex ett fel i godset, uppkomna skadan. Möjligen kan även denna situation beskrivas så att ekvivalensförhållandet mellan prestationerna rubbats. Vid avtalets slutande har ett sådant ekvivalensförhållande, innebärande att säljaren till annan köpare kunnat sälja gods med samma framställningskostnad till samma pris, förelegat, men i och med att tillverkningen påbörjats i enlighet med köparens individuella behov kan säljaren inte längre ta ut samma pris för arbete och material.

c Ekvivalensförhållandet mellan prestationerna kan också rubbas genom att godset efter tidpunkten för farans övergång förlorar i värde genom casus eller genom köparens förfogande däröver. Om köparen är hävningsberättigad, oaktat han icke kan återställa mottagen prestation, gör säljaren en förlust, som kan vara vida större än den genom kontraktsbrottet uppkomna värdeförlusten i godset. Denna situation skall utförligt behandlas i 4 kap.

[2] Fråga är dock om fördelarna uppväger nackdelarna vid rena spekulationsaffärer, där avtalets innehåll med avseende på vem som skall bära respektive komma i åtnjutande av en eventuell prisförändring utgör *ett centralt moment i avtalet* och där hävningens ekonomiska effekt följaktligen åsidosätter en bestämmelse som haft en avgörande betydelse för vederlagets storlek. Se om möjligheten att övervältra prisförlusten Rodhe i The quantum of damages under the Scandinavian Sale of Goods Act, Scand. Studies 1966 s. 149 ff., det avslutande avsnittet s. 169 ff. Rodhe uppfattar möjligheten att övervältra prisförluster som en nackdel med hävningspåföljden och beskriver ett standardavtal, där denna möjlighet är eliminerad genom att borgenärens rätt till ersättning för det fall att prisutvecklingen gjort köpet förmånligt för honom, kompletteras med en skyldighet för honom att utge prisskillnad för det fall att prisutvecklingen gått i motsatt riktning.

4 Hävningspåföljdens genomförande kan vara förbundet med *kostnader,* och dessa kostnader skall bäras av den av parterna som begått kontraktsbrott. Om t. ex. köparen vid tidpunkten för hävningspåföljdens genomförande redan mottagit godset, skall kostnaderna i samband med återtransporten bäras av säljaren.

Hävning har också i vissa lägen den egendomliga effekten att *en förlust uppkommer i och med hävningen* och denna förlust är — anser man — ersättningsgill.

Ovan diskuterades den situationen att det övervärde godset har i köparens hand går förlorat i och med kontraktsbrottet. Att denna förlust skall ersättas ter sig helt naturligt. Ofta förhåller det sig emellertid så att godset, oaktat kontraktsbrottet, bevarar ett åtminstone relativt övervärde i köparens hand. Förlust inträder först i och med köpets hävande, och köparen, som själv påfordrat hävning, kan av säljaren fordra att få förlusten ersatt. Man frågar sig om skadestånd i detta läge kan förenas med grundtanken att parterna skall tillvarata varandras intressen och att skadelidande skall söka begränsa sin skada t. ex. genom att företaga täckningsköp när så kan ske, och om regeln verkligen kan upprätthållas i alla lägen. Antag att köparen häver på grund av brist i godset, att täckningsköp icke kan företas och att köparen fordrar skadestånd för förlorad handelsvinst avseende hela godset, oaktat värdet av erbjuden eller redan levererad del av godset ej påverkas av bristen. Bör då inte säljaren kunna invända att köparen bort begränsa sin skada genom att ta emot erbjuden del av godset?[1]

III. A. 4.

[1] Rodhe, § 46 vid n. 3 f., antyder denna problematik och hävdar att, såvitt han kunnat finna, borgenären kan välja en förlustbringande påföljd och grunda sitt skadeståndskrav på det alternativ han i verkligheten valt. En annan sak är, säger R., att man vid bedömandet av huruvida borgenären *efter* hävning i tillräcklig grad sökt begränsa skadan, kan vilja ta hänsyn till att gäldenären erbjudit sig att ingå ett nytt avtal. — Men om nu borgenären efter t ex ett dröjsmål, som givit honom hävningsrätt, ej kan fordra skadestånd om skadan kunde ha undvikits genom att han accepterat gäldenärens anbud om ingående av "ett nytt avtal" med samma innehåll som det hävda avtalet, så innebär detta *i sak* att borgenären inte kan grunda något skadeståndskrav på hävningen. Hur domstolarna ställer sig till denna problematik är något oklart. I NJA 1953 s. 14 hävde säljaren på grund av köparens dröjsmål och fordrade skadestånd för förlorad handelsvinst. Efter köpets hävande erbjöd sig köparen att ta emot godset på avtalade villkor och säljaren förklarade sig villig att leverera, dock under förutsättning att köparen ställde oåterkallelig rembours. Köparen uppfyllde inte detta villkor. Säljaren fordrade i målet skadestånd för förlorad handelsvinst. Hovrätten tog fasta på att någon skada i form av förlorad handelsvinst icke skulle ha uppkommit om säljaren levererat partiet, och ansåg att förhållandena icke var så-

5 Utmärkande för hävning jämfört med ersättningsskyldighet är alltså *dels* att det avsedda resultatet uppkommer genom ett slags kvittningsförfarande, som omfattar hela prestationsskyldigheten, *dels* att den reparativa effekten är begränsad och på visst sätt beroende av köpeskillingen. Rodhe betonar i sin definition av hävning som rätt att vägra utge eller rätt att avvisa naturaprestation den förra aspekten, medan definitioner som tar fasta på den hävandes — vare sig denne är köpare eller säljare — rätt att slippa erlägga *den egna prestationen* mer betonar den senare aspekten.[1]

Båda definitionerna är riktiga såtillvida att hävning i regel innebär *både* rätt att avvisa naturaprestation *och* rätt att innehålla den egna prestationen. Om man vill ge en fullständig beskrivning av hävningspåföljden i olika lägen, torde det emellertid vara nödvändigt att ta med båda aspekterna. Den ena eller den andra definitionen kan vara mindre väl ägnad att beskriva hävningspåföljden *i en viss situation*. Rodhes definition lämpar sig inte så väl för att beskriva hävningspåföljden, då säljarens prestation i sin helhet gått under och alltså inte kan erläggas. Att säga att naturaprestation icke skall äga rum lägger ingenting till den faktiska situation som uppkommit och som föranleder köpets hävande. Rodhe har beaktat denna situation och föreslår att hävning här skall anses innebära att den hävande påfordrar att omöjlighet att erlägga naturaprestation ej skall ha samma effekt som om naturaprestation ägt rum.[2] Den "effekt" som här avses är att köparen mot erhållande av naturaprestation är skyldig att erlägga köpeskillingen. Att denna effekt inte skall inträda innebär alltså, enklare

dana att säljaren med bibehållande av rätten till ersättning för förlorad handelsvinst kunnat vägra leverans. HD kom till motsatt resultat, men troligen på den grund att köparen vägrat att uppfylla säljarens krav på oåterkallerlig rembours. Om köparen ställt säkerhet för köpets fullgörande men säljaren *ändock* vägrat att leverera skulle man kanske ha kommit till motsatt slut. Rättsfallet NJA 1934 s. 477 angick ett besläktat spörsmål. Köparen hade förklarat sig villig att ta emot *viss del* av det parti han var skyldig att motta. Säljaren försålde emellertid *allt* godset på offentlig auktion och fordrade i målet utfående av mellanskillnaden. Att köparen förklarat sig villig att ta emot en del av godset ansågs inte böra medföra någon begränsning av säljarens försäljningsrätt. Jfr även av Rodhe, a.st., anförda fall rörande arbetstagare som efter avskedande fordrat ersättning för förlorad arbetsförtjänst och arbetsgivaren invänt att arbetstagaren erbjudits nyanställning. Den under senare år diskuterade tanken att köparen-beställaren bör ges *avbeställningsrätt* (se framför allt NJMF 1960) kan betraktas som uttryck för samma grundtanke, nämligen att borgenären icke får tillvarata sina intressen på ett sådant sätt att gäldenären onödigtvis tillskyndas förlust.
III. A. 5.

[1] Om olika sätt att definiera begreppet hävning, se ovan under I 5.

[2] Rodhe, Begreppet hävning, typfall 9, s. 463 f.

uttryckt, att köparen slipper erlägga köpeskillingen, alltså den aspekt i hävningspåföljden som betonas av t. ex. Karlgren.

Vilken eller vilka egenheter hos hävningspåföljden som skall anses konstitutiva för begreppet hävning har emellertid terminologisk betydelse, nämligen för frågan hur man bör klassificera en rättsföljd *som har den ena men inte den andra egenskapen.* En sådan rättsföljd är *prisnedsättning enligt en relativ metod.* Liksom vid hävning är den ekonomiska effekten vid sådan prisnedsättning begränsad till viss typ av skada och relaterad till köpeskillingen. Däremot innebär prisnedsättning *aldrig* rätt att avvisa någon del av motprestationen. Av olika skäl har jag funnit det lämpligt att ej — som brukligt är — klassificera prisnedsättning som ett partiellt hävande av köpet. Just den vid hävning använda metoden för uppnående av den ekonomiska effekten, innebärande att godset ej skall utgivas eller återställas, ger upphov till en speciell problematik som inte har någon motsvarighet vid prisreduktion. I vissa situationer ger hävning och prisnedsättning vitt skilda resultat och det förefaller då lämpligt att även i terminologiskt avseende hålla isär begreppen.[3]

6. Den begränsade reparativa effekten hos hävningspåföljden kan knappast betraktas som en svaghet eftersom hävningen kan kombineras med skadestånd, om full reparativ effekt önskas. Snarare förhåller det sig tvärtom. Det förhållandet att hävningen täcker endast en viss typ av skada gör att den kan användas i situationer, där orsaken till kontraktsbrottet är sådan att man inte vill ålägga gäldenären ansvar för mer omfattande skada.[1]

Till förmån för hävningspåföljden jämförd med ersättningsskyldighet talar vidare den ovan omtalade i hävningspåföljden inbyggda mekanismen som automatiskt anpassar den ekonomiska effekten till

[3] Se närmare nedan under C.
III. A. 6

[1] Däremot kan det diskuteras om inte de generellt uppställda subjektiva förutsättningarna för skadeståndsskyldighet medför att gäldenärens ansvar i vissa situationer, t ex när en prisförändring till borgenärens förmån inträffat, blir alltför begränsat — det omfattar inte ens hela den genom kontraktsbrottet uppkomna objektiva värdeminskningen i godset — och om man inte här borde komplettera hävningen med ett begränsat skadestånd, som täcker den uppkomna prisskillnaden. Se härom närmare Hellner, Om beräkning och begränsning av skadestånd vid köp, TfR 1966, s. 290 ff., särskilt s. 325 ff. om "prisfluktuationsrisken" och om den i engelsk och amerikansk rätt gällande principen att å ena sidan sätta de subjektiva förutsättningarna för skadeståndsskyldighet mycket lågt och å andra sidan då begränsa ersättningsskyldigheten till vissa typskador.

den uppkomna skadan. Parterna behöver inte som vid skadestånd räkna ut — och eventuellt råka i tvist om — huruvida skada inträffat och hur stor denna skada är.[2]

I vissa situationer är hävning den enda tänkbara metoden att undanröja de olägenheter som kontraktsbrottet givit upphov till eller i vart fall klart överlägsen skadeståndspåföljden. Hävning tillgrips inte sällan oaktat någon i pengar mätbar skada inte uppkommit utan av säkerhetsskäl, därför att det finns anledning anta att skada kommer att uppkomma, om borgenären hålls bunden vid avtalet.[3]

Slutligen anses det ju att hävning bättre än andra mer begränsade påföljder tillgodoser preventionssynpunkten, dels därför att den ofta är särskilt belastande för gäldenären, dels därför att den på ett mer omedelbart sätt inskärper att ingenting annat än fullständig och korrekt uppfyllelse av avtalet duger.

Nackdelen med hävningspåföljden är naturligtvis att den i vissa lägen innebär förluster och kostnader för gäldenären utan någon motsvarande reparativ effekt. Någon motsvarighet till dessa förluster och kostnader finner man inte vid skadestånd eller prisnedsättning, och dessa olägenheter måste alltså tillmätas betydelse vid utformningen av reglerna om påföljdsvalet.

B Partiell hävning

1 Man kan inte lösa frågan om när hävningsrätt bör föreligga utan att beakta i vad mån man *genom andra påföljder* kan fullfölja de ändamål som skall tillgodoses genom påföljdsreglerna. *Partiell hävning* är i vissa kontraktsbrottssituationer ett alternativ till totalhävning. I dessa fall är frågan inte om hävningsrätt skall föreligga utan *hur omfattande* denna hävningsrätt bör vara. Med frågan om hävningens omfattning avses frågan om *hur stor del av de avtalade prestationerna* som skall omfattas av hävningen. Om hävningen omfattar hela prestationsskyldigheten enligt avtalet kallas den *total,* om den omfattar endast en del av den avtalade prestationsskyldigheten kallas den *partiell.*

Fråga om hävningens omfattning uppkommer då kontraktsbrottet endast vidlåder en fysiskt och funktionellt avskiljbar del av den avtalade prestationen. Antag att dröjsmål eller fel förekommit endast beträf-

[2] Jfr ovan under II C 5 om önskvärdheten att reglerna är lätta att tillämpa för parterna själva.

[3] Jfr Bengtsson, § 9 n. 34 ff. om "Hävningens skadeförebyggande verkan".

fande viss del av godset eller att köparens dröjsmål endast avser betalningen för viss del av godset. Partiell hävning innebär att den hävningsberättigade får behålla eller får rätt att återta den del av den egna prestationen som enligt avtalets bestämmelser utgör vederlaget för viss, fysiskt och funktionellt avskiljbar, del av motpartens prestation, beträffande vilken kontraktsbrott förekommit, samt att hans rätt till denna del av motprestationen (om sådan rätt föreligger)[1] bortfaller.

I denna definition av partiell hävning har jag tagit fasta på vad jag anser vara en konstitutiv egenskap hos hävningspåföljden, nämligen att den innebär ett kvittningsförfarande baserat på vederlagsförhållandet mellan prestationerna. Följaktligen måste partiell hävning alltid omfatta viss del av köpet, som skulle kunna utgöra ett självständigt köp, och följaktligen är partiell hävning *tekniskt möjlig* endast då båda prestationerna kan uppdelas i mindre självständigt fungerande enheter av samma slag som den ursprungliga enheten. Vidare måste man kunna konstruera fram ett vederlagsförhållande mellan de delar av parternas prestationsskyldighet som omfattas av den partiella hävningen.

2 Om köpet avser flera specieting med särskilt pris bestämt för vart och ett av dem eller om priset är bestämt efter antal, mått, mål eller vikt kan man lätt räkna fram hur stor del av köpeskillingen som belöper sig på viss avskiljbar del av godset. Även om priset bestämts som en klumpsumma men godset låter sig uppdelas i flera exakt likadana enheter, kan man genom en enkel räkneoperation få fram hur stor del av köpeskillingen som belöper å varje enhet. Det fordras alltså inte att det verkligen existerar ett speciellt vederlagsförhållande mellan olika delar av prestationsskyldigheten i den meningen att olika delar av godset åsatts särskilt pris. Det är tillräckligt att man med utgångspunkt från avtalets bestämmelser om vederlaget kan räkna fram en summa, vilken kan uppfattas som den del av vederlaget som belöper å den med kontraktsbrott behäftade delen av motprestationen. Mer problematiskt

III. B. 1.

[1] Motprestationen kan ha blivit omöjlig att fullgöra under sådana förhållanden att gäldenären ej kan åläggas ersättningsskyldighet, och dennes prestationsskyldighet enligt avtalet bortfaller då redan i och med detta förhållande. Jfr BGB § 275, enligt vilken regel gäldenären, då prestationen utan hans förvållande blivit omöjlig att fullgöra, befrias från sin prestationsskyldighet "soweit die Leistung ... unmöglich wird". Enligt den mot § 275 korresponderande specialregeln för "gegenseitige" avtal, § 323, skall motstående prestation nedsättas enligt Minderungsreglerna.

blir det om köpet avser gods av olika slag, t ex flera specieting, inköpta för ett gemensamt pris.[1] Man kan då inte veta hur stor del av vederlaget som belöper å vart och ett av de olika specietingen. För att få erforderliga hållpunkter för bedömningen måste man gå utanför avtalet och tillmäta olika omständigheter en betydelse, som kanske inte överensstämmer med parternas uppfattning i saken. Om avtalet inte ger några hållpunkter för hur stor del av vederlaget som belöper å den sak som berörs av kontraktsbrottet, får man försöka uppskatta de olika specietingens objektiva värde och därigenom den med kontraktsbrott behäftade prestationens relativa värde i förhållande till helheten. Vederlaget för denna prestation får då anses utgöra en motsvarande andel av den totala köpeskillingen. Följande exempel kan illustrera det nu sagda. Ett halsband och ett armband har inköpts för ett gemensamt pris av 900 kronor. Säljaren kan inte leverera armbandet. Armbandets marknadsvärde är 500 kronor. Motsvarande värde för halsbandet är 1 000 kronor. Då armbandets marknadsvärde sålunda utgör en tredjedel av summan av de båda smyckenas värden, får den del av vederlaget som belöper å armbandet anses utgöra en tredjedel av köpeskillingen, alltså 300 kronor.[2]

Almén föreslår att köparens betalningsskyldighet i denna situation skall bestämmas enligt den metod som tillämpas vid prisnedsättning.[3] Denna metod leder i de flesta men inte alla fall till samma resultat som den som kan härledas ur begreppet partiell hävning. Till den beräkningsmetod som används vid prisnedsättning och dess tillämpning i verkliga hävningssituationer skall jag återkomma i det följande.[4]

3. Partiell hävning är alltså liksom totalhävning *en indirekt metod* för att uppnå den önskade reparativa effekten eller m a o att den genom kontraktsbrottet uppkomna värdeförlusten skall bäras av den kontraktsbrytande parten. Att hävningen är partiell innebär ju endast att den icke omfattar hela prestationsskyldigheten enligt *avtalet* och inte att dess omfattning är begränsad till kontraktsbrottet. Som ovan påpe-

III. B. 2.

[1] Det förhållandet att gods inköpts för ett gemensamt pris ("lump price", "price not capable of severance") utgör i engelsk rätt ett hinder mot partiell hävning, se Benjamin s. 420.

[2] Se U 1935.1063 H (frimärken av olika slag) och U 1930.723 (3 målningar), där den i texten beskrivna beräkningsmetoden användes.

[3] Almén, Tillägg till §§ 42 och 43 n. 62.

[4] Se nedan under C 5.

kats förutsätter sådan hävning att den behållna eller återtagna delen av den egna prestationen utgör eller åtminstone kan uppfattas som det avtalade vederlaget för en fysiskt och funktionellt avskiljbar del av motprestationen. Hävning, även partiell hävning, måste omfatta en prestationsskyldighet som kan tänkas som en självständigt fungerande enhet. Om viss del av den avtalade prestationen, vilken icke kan sönderdelas i självständigt fungerande enheter, är behäftad med kontraktsbrott, måste hävningen avse åtminstone hela denna del. Antag att ett bokverk i fyra band inköpts för visst gemensamt pris. I ett av banden saknas några sidor. Hävningsrätten i detta exempel är troligen total, men en hävning begränsad till *det felaktiga bandet* är i alla fall tekniskt möjlig, eftersom man kan tänka sig ett köp avseende endast detta band och kan uppfatta en fjärdedel av köpeskillingen som det avtalade vederlaget för detta band. Däremot kan hävning i det angivna exemplet icke fungera som en direkt verkande påföljd, vars omfattning är begränsad till kontraktsbrottet. (Vi antar att bandet med de saknade sidorna dock har något ekonomiskt värde). Man kan inte tänka sig ett köp avseende endast de saknade boksidorna. Den ekonomiska effekten av hävningspåföljden måste i det angivna exemplet uppkomma genom ett kvittningsförfarande som ger ett saldo till den hävandes förmån på sätt förut närmare beskrivits.[1]

Det sagda gäller *kvalitetsavvikelser* över huvud och även *försvningar*. Sådana kontraktsbrott kan visserligen beskrivas som att säljaren icke uppfyller *en del* av sin förpliktelse, nämligen förpliktelsen att leverera godset *fritt från fel* eller förpliktelsen att leverera *i rätt tid*.[2] men man kan inte tänka sig ett självständigt köp avseende den del av förpliktelsen som icke uppfyllts och en däremot svarande del av köpeskillingen. Vid *kvantitetsavvikelser* (och vid sådana kvalitetsavvikelser som gör godset helt värdelöst) kan däremot den partiella hävningen fungera som en direkt verkande påföljd (liksom totalhävning då hela den avtalade prestationen blivit omöjlig att fullgöra, eller i vart fall värdelös).

III. B. 3.

[1] Se ovan under A 1 och 2.

[2] Så uppfattar man saken i tysk rätt, där begreppet "Unmöglichkeit" täcker nästan alla typer av kontraktsbrott. BGB:s författare torde i själva verket ha avsett att genom reglerna om Verzug och Unmöglichkeit reglera alla typer av kontraktsbrott, se Enneccerus-Lehmann, § 55 I, Larenz I, § 23 I a. Titze utvecklar i sin grundläggande monografi om Unmöglichkeit ett omöjlighetsbegrepp som täcker alla typer av kontraktsbrott, även Verzugsfallen. Verzug definieras som "eine vom Schuldner zu vertretene *teilweise Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung der Zeit*", Titze, Unmöglichkeit der Leistung s. 41.

4 Genom en partiell hävning kan man ofta uppnå *samma reparativa effekt som genom en totalhävning*. Den i hävningspåföljden inbyggda anpassningsmekanismen fungerar *oberoende av påföljdens omfattning*. Antag att 30 procent av godset är behäftat med fel, som gör denna del av godset helt värdelöst, och att ett ekvivalensförhållande mellan prestationsskyldigheten å ömse sidor fortfarande föreligger. En partiell hävning avseende den med fel behäftade delen av godset ger samma ekonomiska resultat som en totalhävning. Båda påföljderna ger ett saldo till köparens förmån motsvarande värdet av 30 procent av godset i felfritt skick.

De förluster för gäldenären som sammanhänger med att ekvivalensförhållandet mellan prestationerna rubbats av *annan* orsak än kontraktsbrottet samt kostnader och förluster i samband med hävningspåföljdens genomförande är däremot *direkt relaterade till hävningens omfattning*. Som exempel tar jag ett fall där godsets marknadsvärde sjunkit: Gods av visst slag har inköpts för 1 000 kr., ett pris som vid avtalets slutande motsvarade marknadspriset på felfritt gods av detta slag. Vid den tid då godset skall avlämnas utgör priset på (felfritt) gods av sådant slag endast 500 kr. 10 procent av godset är behäftat med fel, som gör denna del av godset helt värdelöst. Om köparens hävningsrätt är begränsad till de felaktiga 10 procenten, kan han på säljaren övervältra endast den del av prisförlusten som belöper på denna del av godset, alltså 50 kr. Återstoden av prisförlusten, 450 kr., får han själv vidkännas. Om köparen i anledning av felet kan häva hela avtalet, kan han övervältra hela prisförlusten, 500 kr, på säljaren. Ur denna synpunkt är alltså — om man delar min uppfattning att hävningens effekt vid prisförändringar är en nackdel med hävningspåföljden — partiell hävning att föredra framför totalhävning.

5. De invändningar som kan riktas mot partiell hävning om man uppfattar hävning som *den avtalade påföljden* har redan berörts i det föregående.[1] Om man inte i själva avtalet eller i parternas beteende efter avtalet kan finna några hållpunkter för en endast partiell hävning av avtalet för det fall att del av prestationen ej skulle erläggas, ter sig ett delvis upprätthållande av avtalet med denna konstruktion som ett otillåtet ingripande i parternas mellanhavande. ”Domstolen får inte skriva ett nytt avtal åt parterna.” Men även om man uppfattar hävning som en av lagstiftaren institierad påföljd, utformad för

[1] Se ovan under II B 1.

att tillgodose en rad olika ändamålssynpunkter, kvarstår vissa principinvändningar mot partiell hävning. Att borgenären inte lider skada genom ett delvis upprätthållande av avtalet är inte tillräckligt skäl för att begränsa hans hävningsrätt till ej fullgjord del av avtalet. En regel, som begränsar hävningsrätten till vad som är erforderligt för att tillgodose den reparativa synpunkten, kommer i konflikt med önskemålet att genom påföljdsreglernas utformning inskärpa att avtalet skall fullgöras fullständigt. I vissa situationer kan dock de skäl som talar för en begränsning av hävningsrätten väga tyngre.[2]

6. I andra situationer kan man genom en partiell hävning inte fullt ut tillgodose den reparativa synpunkten. Partiell hävning, sådant begreppet ovan definierats, är tekniskt möjlig (vilket naturligtvis inte betyder att den är tillåten), om blott godset är delbart i den betydelsen att det kan uppdelas i funktionellt fristående mindre enheter av samma slag som godset i dess helhet. Däremot fordras inte att godset skall vara delbart i den betydelsen att summan av värdet av de olika delarna exakt sammanfaller med värdet av godset i dess helhet. Godset kan genom delning förlora i värde, oaktat delarna utgör funktionellt fristående enheter av samma slag som godset i dess helhet. En kvantitetsavvikelse kan medföra en värdeförlust som är större än motsvarande kvantitetsavvikelses procentuella andel av helheten. Detta måste bero på att det mellan de olika delarna existerar ett funktionellt samband som icke är så uttalat, att de olika delarna icke kan fungera som självständiga enheter av samma slag som godset i dess helhet, men som dock medför att godsets värde reduceras vid en delning.

Sambandet kan ha olika grader av intensitet. Gränslinjen mellan de fall där sambandet är så starkt att en avvikelse, som fysiskt kan beskrivas som en kvantitetsavvikelse, dock måste uppfattas som eller i vart fall likställas med en kvalitetsavvikelse avseende hela godset och de fall där en delning medför en viss värdereduktion men dock kvarlämnar funktionsdugliga enheter av samma slag som helheten är naturligtvis flytande.[1] Det är nog omöjligt att i en generell formel fastslå var

[2] Se nedan 2 kap. IV 2 och 3.

III. B. 6.

[1] Stang-Solem, s. 153, påpekar att kvantitetsfel i princip kan uppfattas på två sätt. Leveransen kan uppfattas som en helhet, och det är då ett fel, att den inte innehåller kontraherad mängd. Kvantitet kan nämligen ses som en egenskap hos godset och kvantitetsfelet blir då en kvalitetsavvikelse. Man kan också se prestationen som en rad olika delar. Kvantitetsavvikelsen kommer då att uppfattas som ett dröjsmål med vad som fattas. Atiyah hävdar för engelsk köprätts vidkommande att kvantitetsavvikelser bör behandlas alldeles på samma sätt som kva-

gränsen går. Det är emellertid här tillräckligt att konstatera att partiell hävning är tekniskt möjlig även i situationer där en delning av godset medför viss värdereduktion.

I dessa situationer är det tydligt att en partiell hävning ger ett otillfredsställande resultat, därigenom att den del av köpeskillingen som köparen får behålla icke täcker den ekonomiska förlust som uppkommit genom kvantitetsavvikelsen. Köparen får behålla endast en så stor del av köpeskillingen som belöper å de saknade enheterna. Om en tiondel av godset saknas får köparen behålla en tiondel av köpeskillingen. En just så stor del av köpeskillingen måste anses belöpa å de saknade enheterna, även om den genom kvantitetsavvikelsen uppkomna *värdeförlusten* är större på grund av delarnas inbördes sammanhang. Mycket stora värdeförluster beror i regel på ett sådant samband mellan de olika delarna av prestationsskyldigheten att avvikelsen bör uppfattas som ett slags kvalitetsavvikelse som belastar hela godset, varvid en partiell hävning ej kan ifrågakomma. Men värdeförluster på grund av samband, som icke har erforderlig intensitet för att utesluta möjligheten av en partiell hävning, kan ej kompenseras inom ramen för detta institut.

Möjligen kan en värdeförlust, som uppkommit genom sambandet mellan levererade och icke levererade delar av godset, kompenseras genom att det belopp köparen skall betala beräknas, *ej* enligt reglerna om partiell hävning, utan enligt reglerna om prisnedsättning. En sådan kombination av påföljderna partiell hävning och prisnedsättning skall senare beröras i samband med prisnedsättningspåföljden.[2]

C Prisnedsättning

1 Enligt 42 och 43 §§ jämfört med 50 § KöpL är köparen vid fel eller brist i godset berättigad att "fordra det avdrag å köpeskillingen, som mot felet svarar". Enligt doktrinen skall avdraget beräknas så att köparen betalar ett belopp som står i samma förhållande till den be-

litetsavvikelser, nämligen som avvikelser från godsets utlovade beskaffenhet i visst hänseende, Atiyah, s. 50. Jfr också om gränsdragningen mellan hel och delvis omöjlighet i tysk rätt Titze, a.a. s. 47 ff. Denne författare ger dock gränsdragningen en medvetet juridisk-teknisk karaktär, så att den kan fungera som ett slags väsentlighetsbedömning av kontraktsbrottet. Han varnar särskilt för att glömma sakens väsen för dess yttre framtoning och låta sig förleda av ett *yttre* intryck av delbarhet. Se även Larenz I, § 20 I b och Enneccerus-Lehmann, § 4 IV.

[2] Se nedan under III 5.

stämda köpeskillingen som godsets värde i dess felaktiga skick står till värdet av felfritt gods vid tidpunkten för avlämnandet.[1] Avdraget behöver således inte motsvara den genom kontraktsbrottet uppkomna värdeförlusten. Det kan vara större eller mindre beroende på om godsets värde är lägre eller högre än den avtalade köpeskillingen. En sådan skillnad mellan godsets värde i felfritt skick och den överenskomna köpeskillingen kan ha förelegat redan vid köpslutet — köparen har köpt för dyrt eller för billigt — eller kan ha uppkommit senare genom förändringar i marknadspriset.

Eftersom avdraget icke avser den genom felet uppkomna värdeförlusten utan ett belopp som står i viss bestämd relation till denna värdeförlust, kallas beräkningssättet *relativt*. Det finns också andra relativa beräkningsmetoder. Enligt BGB § 472 skall köparen betala ett belopp som står i samma relation till den avtalade köpeskillingen som godsets värde i felaktigt skick står till värdet av felfritt gods *vid tiden för köpslutet*.[2] Det relativa momentet i denna beräkningsmetod får betydelse endast då godsets värde vid tiden för köpslutet är högre eller lägre än den avtalade köpeskillingen. Senare inträffade prisförändringar får däremot icke någon betydelse.

Nedsättning av köpeskillingen enligt "absoluta" metoder förekommer också. Enligt en sådan metod uppgår avdraget just till den genom felet uppkomna värdeförlusten, och utgör således ett slags skadestånd begränsat till den genom felet uppkomna värdeförlusten i godset.[3] Enligt en annan "absolut" metod skall köparen betala så stor del av köpeskillingen som motsvarar godsets värde i felaktigt skick. Denna beräkningsmetod förefaller vara mer besläktad med grundsatsen om obehörig vinst.[4]

Så länge godsets marknadsvärde i felfritt skick sammanfaller med den avtalade köpeskillingen ger de olika beräkningsmetoderna samma ekonomiska resultat. Om det däremot föreligger en skillnad mellan godsets värde i felfritt skick och den avtalade köpeskillingen, kommer man till olika resultat beroende på vilken beräkningsmetod som används. De relativa metoderna ger då resultat som *såtillvida* liknar hävning att köparen, om godsets värde är *lägre* än den överenskomna köpe-

III. C. 1.

[1] Almén, § 42 vid n. 37, Hellner, Köprätt 16.1 (anser det tveksamt vilken tids värden som skall läggas till grund för bedömningen), Rodhe, § 49 vid n. 31 ff.

[2] Samma beräkningsmetod har antagits i IntKöpL, se Art. 46.

[3] SGA Sect. 53 (3), UCC § 2—613.

[4] Jfr Rodhe i Scand. Studies 1966 s. 162. Om olika beräkningsmetoder, se närmare Rabel II, § 99.

skillingen, kan undkomma en del av den förlust som transaktionen härigenom medför för honom och i den omvända situationen — godsets värde i felfritt skick är *högre* än den överenskomna köpeskillingen — nödgas avstå från viss del av den med transaktionen förbundna vinsten.

2 Det är väl detta förhållande som ligger till grund för den allmänt accepterade uppfattningen att avdrag å köpeskillingen enligt en relativ metod är att uppfatta som ett slags partiell hävning. Almén beskriver köparens behållande av godset mot avdrag å köpeskillingen som ett partiellt hävande av köpet, "närmare bestämt såsom ett hävande av detsamma till så stor del, som svarar mot den av felet föranledda minskningen i godsets värde".[1] Alméns uttalande avser väl endast den i skandinavisk köprätt använda metoden som tar fasta på godsets värde vid den tidpunkt då det skall avlämnas. Rabel uttalar att prisreduktion enligt en relativ metod och partiellt hävande i sak är detsamma och tycks inte anse, att det spelar någon roll vilken av dessa påföljder man väljer.[2] Rabels uttalande avser även den relativa beräkningsmetod där man icke beaktar prisförändringar som inträffar efter köpslutet.

Denna uppfattning kan jag inte ansluta mig till. Partiell hävning är en påföljd som endast med avseende på sin omfattning skiljer sig från totalhävning. Prisreduktion enligt en relativ metod är en påföljd sui generis som i systematiskt avseende bör placeras in någonstans mitt emellan hävning och skadestånd.[3] Vid kvantitetsavvikelser sammanfaller visserligen en partiell hävning, omfattande just den icke erlagda delen av prestationen, och prisreduktion enligt den relativa metoden med avseende på påföljdens karaktär och i regel också med avseende på ekonomisk effekt. Köparen behåller eller återtar den del av köpeskillingen som belöper å den icke erlagda delen av prestationen. Men vid kvalitetsavvikelser (förutsatt att de inte helt utplånar värdet av det gods som berörs) skiljer sig påföljderna från varandra, framför allt med avseende på påföljdens karaktär. Den partiella hävningen måste nämligen avse hela den med kvalitetsavvikelser behäftade delen

III. C. 2.

[1] Almén, § 42 vid n. 45. Se även t ex Lassen, Alm. del § 46 I 2: "Ukorrekt og vildledende er det at betegne saadant Afslag som Erstatning for Mangelen."

[2] Rabel II, § 109. 6. d.

[3] Jfr Rodhe, § 49 vid n. 31 ff., som med utgångspunkt från sin uppfattning om vad som är det konstitutiva i hävningsbegreppet betraktar prisnedsättning som ett slags värdeersättning och ej som ett partiellt hävande av köpet, "eftersom prisnedsättningen ifrågakommer även då ingen del av naturaprestationen kan sägas vara inhiberad".

av godset, och den ekonomiska effekten uppkommer således genom ett kvittningsförfarande. Avdrag å köpeskillingen fungerar däremot även i denna situation som en direkt verkande påföljd, vars omfattning sammanfaller med dess ekonomiska effekt.

Hävning bör inte karaktäriseras som en speciell metod för beräkning av ersättningens storlek vid kontraktsbrott. *Det för hävningspåföljden karaktäristiska är att den ekonomiska effekten uppkommer genom ett kvittningsförfarande som ger ett saldo till den hävandes förmån.* Detta saldo kan komma att överstiga eller understiga det belopp som skulle ha utgått om den hävande i stället tillerkänts skadestånd, *men det är inte dessa avvikelser som främst karaktäriserar hävningspåföljden jämförd med andra påföljder.* Enligt min uppfattning bör de i stället uppfattas som med påföljden förbundna ekonomiska "biverkningar". Det är den förra egenheten hos hävningspåföljden, jag uppfattat som utmärkande för påföljden, då jag ovan definierat partiell hävning som rätten att behålla eller återta en del av den egna prestationen, som kan uppfattas som det avtalade vederlaget för viss *fysiskt och funktionellt avskiljbar del* av motprestationen.

Om man uppfattar prisreduktion som ett partiellt hävande är det tydligt att det inte är *denna* egenskap som uppfattas som utmärkande för hävningspåföljden. Prisreduktion innebär ju *aldrig* något kvittningsförfarande. Det utmärkande för hävningspåföljden skulle då i stället vara att storleken av den kompensation som tillkommer den för kontraktsbrott utsatte (via ett kvittningsförfarande eller direkt), ej motsvarar den genom kontraktsbrottet uppkomna värdeförlusten utan är på visst sätt relaterad till den överenskomna köpeskillingen.

3 Partiell hävning och prisreduktion kommer också att ge olika ekonomiska resultat just därför att hävningspåföljdens speciella karaktär drar med sig vissa ekonomiska biverkningar. För att demonstrera dessa skillnader och härigenom också hävningens karaktäristiska ekonomiska effekt i vissa viktiga typsituationer skall jag anföra några exempel. Exemplen behandlar fall där ekvivalensförhållandet mellan prestationerna rubbats (förutom genom kontraktsbrottet) genom att det efter avtalet inträffat förändringar i marknadspriset. Dessa fall är emellertid analoga med att det förutsatta ekvivalensförhållandet aldrig existerat därför att godsets värde i felfritt skick redan vid köpslutet var högre eller lägre än den avtalade köpeskillingen.[1]

[1] Se en motsvarande redogörelse för skillnaden mellan skadestånd, prisnedsättning enligt en relativ metod och "recoupment" av Rodhe i Scand. Studies 1966 s. 162.

Exempel 1 a: 1 000 enheter av visst varuslag har inköpts för en krona per styck, ett pris som vid köpet motsvarade godsets marknadsvärde. Vid den för avlämnandet bestämda tiden har godsets marknadsvärde sjunkit med 50 procent. 200 enheter är behäftade med fel som nedsätter varje enhets värde med 25 öre. En partiell hävning omfattande de 200 felaktiga enheterna innebär att köparen slipper betala den del av köpeskillingen som belöper på dessa 200 enheter, alltså 200 kronor, och att han förlorar rätten till dessa 200 enheter, nu endast värda 50 kronor. Vid prisreduktion skall köparen betala en summa som förhåller sig till den överenskomna köpeskillingen på samma sätt som värdet av (allt) godset i dess delvis felaktiga skick förhåller sig till (allt) godsets värde i felfritt skick. Godsets värde i felfritt skick är (efter prisfallet) 500 kronor, den genom felet uppkomna värdeförlusten är 50 kronor, alltså 10 procent därav. Köpeskillingen skall följaktligen nedsättas med 10 procent, alltså till 900 kronor. Jämfört med vid partiell hävning skall köparen betala 100 kronor mer och får i gengäld behålla gods värt endast 50 kronor och gör alltså en relativ förlust på 50 kronor. Vid partiell hävning kan köparen övervältra prisfallsförlusten på allt gods som omfattas av hävningen, vid prisreduktion endast den del som så att säga belöper å felet.

Ju mer "utspritt" felet är, ju mer tjänar köparen på en partiell hävning jämfört med prisreduktion. Exempel 1 b: Vi utgår från det föregående exemplet men antar att felet i stället är fördelat över hälften av godset så att 500 enheter är behäftade med fel, som nedsätter varje enhets värde med 10 öre. En prisreduktion ger samma ekonomiska resultat som i det föregående exemplet, eftersom den genom felet uppkomna värdeförlusten är lika stor, 50 kronor. En partiell hävning avseende de 500 felaktiga enheterna ger ett ur köparens synpunkt avsevärt bättre ekonomiskt resultat. Han kan då på säljaren övervältra hälften av det totala prisfallet.

Om marknadspriset *stigit,* är prisreduktion ur köparens synpunkt *fördelaktigare* än partiell hävning, förutsatt att den partiella hävningen icke kan kombineras med skadestånd för positiva intresset. Skillnaderna mellan de båda påföljderna blir liksom vid prisfall större, ju större felets "spridning" är.

Exempel 2 a: Vi utgår från grundexemplet med de 1 000 enheterna inköpta för en krona per styck. Liksom i exempel 1 a är 200 enheter behäftade med fel som nedsätter varje enhets värde med 25 öre, men i stället för prisfall har en 10-procentig prisstegring inträffat, så

att vid den för avlämnande bestämda tiden godsets värde i felfritt skick är 1 100 kronor.

Olika rättsföljdsalternativ ger här följande ekonomiska resultat: Hävning + skadestånd är alltså den för köparen mest fördelaktiga påföljden (vinst 100 d v s hela prisstegringen). Därnäst kommer prisreduktion, då köparen får avstå från viss del av prisstegringen, närmare bestämt 1/22, d v s den del av prisstegringen som kan sägas "belöpa" å felet. Partiell hävning utan skadestånd är det minst fördelaktiga påföljdalternativet, eftersom köparen här nödgas avstå från prisstegringen å allt gods som omfattas av hävningen, d v s en femtedel, men dock fördelaktigare än ingen påföljd alls, eftersom den genom felet uppkomna värdeförlusten är större än den del av prisstegringen som belöper å det med fel behäftade godset.

Exempel 2 b: Vi utgår från exempel 2 a, men antar att felet är "fördelat" på samma sätt som i exempel 1 b, d v s 500 enheter är behäftade med fel som nedsätter varje enhets värde med 10 öre. Vid partiell hävning avseende dessa 500 enheter skall köparen betala 500 kronor för gods värt 550 kronor. Övriga rättsföljdsalternativ ger samma ekonomiska resultat som i exempel 1 a. Partiell hävning och fullgörelse utan någon påföljd alls ger här alltså samma ekonomiska resultat (köparen gör en vinst på 50 kronor), eftersom den genom felet uppkomna värdeförlusten och den del av prisstegringen, som belöper å de felaktiga 500 enheterna som omfattas av hävningen, tar ut varandra.

Att part vid hävning kan övervältra prisförlust eller nödgas avstå från prisvinst har jag ovan betecknat som ej i och för sig önskvärda men tolererade ekonomiska biverkningar av hävningspåföljden. Det belopp som köparen skall betala vid prisreduktion står ju också i en relation till godsets aktuella värde som kan beskrivas så, att köparen vid prisfall övervältrar en del av förlusten och omvänt vid prishöjning får avstå från en del av den därigenom uppkomna vinsten. Här är det uppenbarligen inte fråga om några endast tolererade biverkningar utan just den av lagstiftaren önskade effekten. Vid *prisreduktion* förhåller det sig dock så (i motsats till hävning), att prisförändringarnas inflytande på påföljdens ekonomiska effekt står i en bestämd relation till kontraktsbrottets relativa svårhetsgrad eller väsentlighet. Om kontraktsbrottet medför att godset förlorar en tjugondel av sitt värde så kan köparen vid prisfall övervältra just en tjugondel av prisförlusten. Prisreduktionens relation till den genom kontraktsbrottet uppkomna i kronor räknade värdeförlusten kan därför också uppfattas som en anpassning till kontraktsbrottets *relativa* svårhetsgrad eller väsentlighet. Ett

kontraktsbrott som åstadkommer en viss (i kronor räknad) värdeförlust (typ: kvalitetsavvikelser) ter sig relativt sett mindre väsentligt ju högre godsets värde är, och det ter sig därför inte orimligt att påföljden varierar med prisförändringar. Ett kontraktsbrott som åstadkommer en viss procentuell värdeminskning (typ: kvantitetsavvikelser) ter sig oavsett prisförändringar lika väsentligt — relativt sett — och det kan därför te sig rimligt att avdragets storlek icke varierar med prisförändringar. Så kan man inte uppfatta *hävningens* ekonomiska effekt vid prisförändringar, eftersom resultatet då varierar med påföljdens *omfattning*, ej med kontraktsbrottets väsentlighet.

4 Den relativa metoden med dess karaktäristiska effekt i prisförändringssituationer förordas av doktrinen, och man frågar sig då vilka fördelar denna metod innebär jämfört med en absolut beräkningsmetod, enligt vilken nedsättningen avser just den genom felet eller bristen uppkomna objektiva värdeminskningen i godset.

a Det enda skäl som talar för den relativa metoden tillämpad på *kvalitetsavvikelser* tycks vara att nedsättningen då kan uppfattas som ett partiellt hävande av köpet och *därför ej kommer i konflikt med principen att skadeståndsskyldighet förutsätter culpa.* Prisnedsättningspåföljden har sitt historiska ursprung i de av edilerna utbildade särskilda felpåföljderna, actio redhibitoria och actio quanti minoris. Dessa påföljder har aldrig varit underkastade culpaprincipen. Emellertid har de upptagits även i rättssystem som också i inomkontraktuella förhållanden strängt upprätthållit principen om culpa som en förutsättning för ersättningsskyldighet. Tydligen har det, oaktat felet ej uppkommit på grund av säljarens culpösa beteende, ansetts rimligt med en påföljd, som ger kompensation åt köparen för den genom felet uppkomna direkta värdeminskningen i godset. Emellertid måste då prisnedsättningspåföljden utformas så att den kan uppfattas som ett partiellt hävande av köpet. Endast på detta sätt kan man undvika konflikt med culpaprincipen, som ju ej gäller hävning utan endast skadestånd.[1]

III. C. 4. a.

[1] Jfr Almén, § 42 vid n. 48 f: "Att köparen kan göra denna befogenhet gällande även när förutsättningarna för säljarens skadeståndsskyldighet ej äro förhanden, står väl i överensstämmelse därmed, att varken skuld eller garanti av säljaren utgör någon förutsättning för köparens hävningsrätt på grund av fel i varan." Det skulle vara intressant att närmare studera på vilket sätt skilda värderingar i vissa grundläggande frågor påverkat utformningen av klassificeringen av den rättsföljd, innebärande begränsad kompensation åt köparen vid fel eller brist i godset oavsett culpa å säljarens sida som förekommer i praktiskt taget alla västerländska rättssystem. I rättssystem som fäster avgörande vikt vid culpaprin-

Detta är ju ej något rationellt skäl för att tillämpa en relativ metod.[2] Grunden till att man inte anser sig kunna ålägga gäldenären skadeståndsskyldighet oberoende av culpa är att (i skandinavisk och även t ex tysk rätt) denna omfattar *hela* (den adekvat orsakade) *skadan* och alltså kan bli mycket omfattande och betungande för gäldenären. Prisnedsättning enligt den absoluta metoden är visserligen att betrakta som ett slags skadestånd, men ett skadestånd begränsat till den genom felet uppkomna direkta värdeminskningen i godset. Om man anser att man kan tillåta prisnedsättning enligt en relativ metod utan att behandla gäldenären för strängt, så kan man också tillåta prisnedsättning enligt den absoluta metoden. Dessa båda påföljder skiljer sig mycket litet från varandra med avseende på ekonomisk effekt och är genomsnittligt lika betungande för gäldenären.

cipen tenderar man att använda en relativ metod och tolka rättsföljden som ett partiellt hävande av köpet. I rättssystem, där man inte fäster lika stort avseende vid culpaprincipen eller i vart fall fäster *ännu större* vikt vid grundsatsen att domstolen inte får omforma avtalet, tenderar man att använda absoluta metoder eller i vart fall klassificera rättsföljden som ett slags skadestånd. Den begränsade ersättning, som enligt SGA Sect. 53 (3), tillkommer köparen vid fel i bestämt gods, motsvarar värdeminskningen i godset och uppfattas som ett skadestånd. I fransk doktrin finner man en markerad motvilja mot partiell hävning som juridiskt institut. Se t ex Lepeltier i avsnittet om domstolens rätt att "modifier le contrat ou de le résoudre partiellement" (s. 303 ff.). L. nödgas konstatera att rättspraxis beträffande två viktiga grupper av förpliktelser låter en partiell icke-uppfyllelse medföra en däremot svarande nedsättning av vederlaget. Vid arrende och hyra har rättspraxis i vid utsträckning (ej blott i de fall som avses med art. 1722 och 1726) låtit partiell icke-uppfyllelse från ägarens sida medföra nedsättning i vederlaget. L. uppfattar emellertid denna nedsättning som ett slags skadestånd. Han tycks inte anse att det existerar någon praktisk skillnad mellan skadestånd och partiell hävning i form av nedsättning av vederlaget. Man kommer till samma praktiska resultat oberoende om man uppfattar nedsättningen som en partiell hävning eller som ett skadestånd, säger han, men väljer det senare betraktelsesättet, eftersom det är mera "juridiskt" (s. 306). Även vid partiell icke-uppfyllelse av en förpliktelse att leverera gods sålt efter antal, mått eller vikt kan domstolen, om icke-uppfyllelsen ej motiverar totalhävning, nedsätta vederlaget, s k réfaction. Nedsättningen sker på så sätt att köparen betalar endast för vad han erhållit. Ändock vill L. inte uppfatta lösningen som en partiell hävning utan som en särskild typ av skadestånd. "On ne peut donc pas voir, dans ces différentes hypothèses, une résolution partielle ou une modification du contrat; il y a plutôt un mode particulier d'indemnisation." (s. 308). Jfr Mazeaut, nr 1095 ang. réfaction: "Cette jurisprudence se justifie dans la mesure où l'on considère la réduction des obligations de l'une des parties comme la réparation du préjudice éprouvé par elle du fait de l'inexécution par son cocontractant."

[2] Jørgensen betonar att prisnedsättning och skadestånd är funktionellt besläktade påföljder, vilka endast på grund av historiska skäl kommit att betraktas som principiellt artskilda befogenheter, se Misligholdelse s. 451, s. 492 och Forudsætning og mangel, särskilt s. 174 ff.

Till förmån för att använda den absoluta metoden vid kvalitetsavvikelser talar att vid detta slags kontraktsbrott prisnedsättning enligt en absolut metod *i regel är lättare att räkna ut*, en omständighet, som av skäl för vilka ovan redogjorts måste tillmätas ganska stor betydelse vid reglernas utformning. Ofta kan man räkna fram värdeminskningen utan att skaffa sig kännedom om det aktuella marknadspriset. Om t ex felet är av sådant slag att det kan avhjälpas, kan reparationskostnaderna ofta betraktas som normerade för värdeminskningens storlek. Om man vill använda den relativa metoden måste man *dessutom* skaffa sig kunskap om det aktuella marknadspriset på felfritt gods.

Lagtextens ordalydelse binder inte domstolarna vid den relativa metoden.[3] Det tycks inte heller finnas något avgörande, av vilket det klart framgår att HD vid en kvalitetsavvikelse beaktat en eventuell skillnad mellan priset och godsets värde i kontraktsenligt skick och alltså använt den relativa metoden. Endera låter man prisnedsättningen sammanfalla med värdeminskningen beräknad enligt någon mer speciell metod, t ex reparationsmetoden, eller också nedsätter man köpeskillingen med ett "skäligt" belopp utan att, såvitt man kan utläsa ur domskälen, beakta eventuella prisförändringar.[4] Den relativa metoden tillämpad på kvalitetsavvikelser är nog en regel som har stannat på papperet.[5]

[3] Man får gå till motiven för att få klart för sig att beloppet skall vara relaterat till köpeskillingen. Köplagskommittén yttrade härom: "Härjämte tillägger förslaget köparen den alternativa befogenheten att fordra sådant afdrag å köpeskillingen, som mot felet svarar, eller, mera fullständigt uttryckt, att å det utfästa beloppet afräkna en efter förhållandet mellan godsets värde i felfritt och i felaktigt skick proportionellt afpassad andel af nämnda belopp.", NJA II 1906 N:r 1 s. 77.
III. C. 4.

[4] NJA 1968 A 3 (vid arbetsbeting rör. ritningsarbete beräknades prisnedsättningen till kostnaden för granskning och korrigering av materialet), 1939 A 256 (reparationskostnader jämte värdeminskning) 1943 A 90, 1943 A 149, 1941 A 148, 1938 s. 318, 1937 s. 113, 1937 A 104 (hänvisning till skälighet eller ingen motivering alls). Se även NRt 1954 s. 177 (avelshingst köpt för 37 000 kr kunde endast användas som arbetshäst, prisnedsättning med 34 000 utan någon utredning om att det avtalade priset motsvarade marknadspriset på en avelshingst) och U 1954.50 (vid köp av fabriksverksamhet fick köparen prisnedsättning motsvarande vad det skulle ha kostat att inrätta lokalerna i enlighet med vederbörande myndighets krav). I U 1935.1063 H använde HøjR en relativ metod för att fastställa vilket belopp köparen skulle betala för en frimärkssamling, som till en del bestod av falska märken. Påföljden benämndes prisnedsättning i domen, men i realiteten var det snarare fråga om en partiell hävning, eftersom de falska märkena utgjorde en klart avskiljbar del av samlingen och var helt värdelösa.

[5] Jfr P. Spleth i UfR 1962 s. 116 och Jørgensen, Forudsætning og mangel s. 175, om att prisnedsättning i praktiken fungerar som ett begränsat skadestånd.

b Vid *kvantitetsavvikelser* är däremot den relativa metoden *lättare* att tilllämpa än den absoluta. Vid tillämpning av den relativa metoden är det tillräckligt att fastställa kvantitetsavvikelsens storlek i förhållande till helheten. Vid kvantitetsavvikelser är det den absoluta metoden som förutsätter kännedom om marknadspriset och som alltså är svårare att tillämpa.

5 Vid kvantitetsavvikelser sammanfaller prisnedsättning enligt den relativa metoden och partiell hävning, utom möjligen *då kvantitetsavvikelsen också har en kvalitativ aspekt.* Gränsen mellan kvantitetsavvikelser och kvalitetsavvikelser är ju ganska flytande. Möjligen kan prisnedsättning beräknas så att den täcker också den värdeförlust som uppkommit genom ett funktionellt samband mellan levererade och icke levererade delar av godset. Inom doktrinen förutsätts visserligen att avdragets storlek vid kvantitetsavvikelser alltid motsvarar de saknade enheternas andel av totalmängden.[1] Man är dock ense om att avdraget vid fel skall ske med utgångspunkt från den genom felet uppkomna värdeminskningen, skillnaden mellan godsets värde i felfritt respektive felaktigt skick. 42 och 43 §§ skall enligt 50 § tillämpas även i bristsituationer. Avdraget skulle då svara mot den genom bristen uppkomna värdeminskningen, skillnaden mellan godsets värde i fullständigt och i bristfälligt skick. Om en kvantitetsavvikelse nedsätter godsets värde med ett belopp, som är större än motsvarande de saknade enheternas andel i totalmängden, skulle alltså prisnedsättningen ske med utgångspunkt från detta högre belopp. Avdraget kommer då att överstiga den del av köpeskillingen, som enligt köpeavtalet "belöper" å de saknade enheterna, och innefatta kompensation för den genom godsets delning uppkomna värdeförlusten.[2]

Prisnedsättning kan också kombineras med partiell hävning i de situationer då hävningen innefattar rätt att avvisa den del av godset som är behäftat med fel. Wandelungspåföljden i BGB omfattar i regel endast med fel behäftade delar av godset. Om köpet avser flera saker inköpta för ett gemensamt pris, skall enligt BGB § 471 köparens be-

III. C. 5.

[1] Almén. § 50 vid n. 33 ff., Hellner, Köprätt 16.1.

[2] I de allra flesta fall torde dock möjligheten att beräkna prisnedsättningen på ett sådant sätt att den täcker även en genom godsets delning uppkommen värdeförlust falla på kravet att prisnedsättningen skall avse en *objektiv* värdeminskning, se Almén, § 42 vid n. 26—29. I den mån en *objektiv* värdeminskning verkligen uppkommer vid godsets delning är det i regel vara fråga om avvikelser, som endast till det yttre kan uppfattas som kvantitetsavvikelser och som i realiteten är att betrakta som kvalitetsavvikelser.

talningsskyldighet beräknas enligt regler om prisnedsättning, och Almén rekommenderar denna metod också för svensk rätts vidkommande.[3] Denna lösning måste beskrivas som en *kombination* av hävningspåföljden, som tillåter avvisande av felaktigt gods, och prisnedsättningspåföljden, som kan kompensera värdeförlust uppkommen genom åtskiljande av olika delar av prestationsskyldigheten.[4]

[3] Almén, Tillägg till §§ 42 och 43 n. 62. I U 1941.1141 användes denna beräkningsmetod. Vid köp av 2 000 ton torv kunde köparen fullfölja köpet endast betr. 630 ton. Köparen var inte skadeståndsskyldig, men priset för de 630 ton han kunnat ta emot räknades upp på grund av att priset i avtalet satts särskilt lågt med hänsyn till den stora mängden torv.

[4] Observera dock även här, för svensk rätts vidkommande, kravet på att värdeminskningen skall vara *objektiv*, jfr i nästföregående not.

IV Köplagens regler om påföljdsvalet

1 Vilken av de nu berörda påföljderna skall användas i olika kontraktsbrottssituationer? Åtminstone vid säljarens kontraktsbrott har man ofta flera påföljder och påföljdskombinationer att välja emellan.

Den nu följande redogörelsen om reglerna om förutsättningarna för de olika påföljdernas inträde bygger inte på någon självständig forskningsinsats utan utgör endast en översiktlig redogörelse för köplagens regler på området och doktrinens uppfattning om gällande rätt i frågor, där bestämmelserna lämnar utrymme för flera tolkningsmöjligheter eller inte alls genom någon upplysning.[1] Avsnittet är främst avsett att utgöra en bakgrund till framställningen i de följande avsnitten om hävning och andra påföljder i köpets olika avvecklingsstadier.

Reglerna om förutsättningar för hävning gäller nämligen — såvida inte annat är utsagt — oavsett i vilket stadium av köpets avveckling hävningspåföljden utövas. Väsentlighetsregeln t ex, är inte tänkt för något visst avvecklingsstadium. Oaktat hävningspåföljdens innehåll varierar, beroende på när den utövas, har man ansett sig kunna uppställa *gemensamma huvudregler* för dess inträde, och *regler om hävning i ett visst bestämt avvecklingsstadium har karaktären av undantag från dessa huvudregler.* Innehållet i en sådan regel beskrivs ofta bäst *i sin egenskap av avvikelse från en eljest gällande huvudregel.*

2 En ledande princip för påföljdsreglernas utformning har varit *borgenärens valrätt* mellan flera tillgängliga påföljdsalternativ. Inom en mycket vid ram kan borgenären fritt välja vilken påföljd han vill begagna sig av. Den omständigheten att köparen kan fordra skadestånd eller prisnedsättning eller häva köpet partiellt hindrar honom inte från att i stället välja totalhävning, och omvänt kan borgenären, oaktat han har total hävningsrätt, välja en mer begränsad påföljd.

Denna omfattande valrätt för borgenären motiveras väl främst av påföljdssystemets avsedda reparativa funktion. Borgenären kan

IV. 1 .

[1] Se ang. förutsättningar för hävning av köp Alméns kommentar till de regler i köplagen som handlar om hävningsrätt, Bengtsson, § 13 (s. 257 ff.), Rodhe, VII kap. (s. 416 ff.), särskilt E. 2 och 3 (s. 429 ff.) och F. (s. 440 ff.) samt Hellner, Köprätt 9.5, 12.3, 16.2.

själv bäst bedöma genom vilken påföljd hans berättigade intresse av att hållas skadeslös bäst tillgodoses. Vidare tillgodoses genom en omfattande valrätt för borgenären intresset av att reglerna skall vara *lätta att tillämpa*. När borgenären bestämt sig för vilken påföljd han vill utöva, vet parterna vad de har att rätta sig efter. Ett regelsystem som skiljer mellan en rad olika kontraktsbrottssituationer och i varje situation hänvisar borgenären till den påföljd, som vid en avvägning av olika ändamålssynpunkter framstår som den bäst lämpade, måste bli svårt för parterna att tillämpa. Varje begränsning av borgenärens valrätt komplicerar regelsystemet och ger följaktligen upphov till en rad tvister och felbedömningar i situationer som ligger i gränszonen av regelns tillämplighetsområde.

Vissa begränsningar i borgenärens valrätt måste dock göras av hänsyn till gäldenären. De viktigaste begränsningarna i borgenärens rätt att välja viss påföljd — i princip gällande oavsett i vilket avvecklingsstadium påföljden skall utövas — är (den modifierade) culparegeln, som gäller skadeståndspåföljden, och väsentlighetsregeln, som gäller hävningspåföljden. Vidare är borgenärens rätt att välja *partiell* hävning möjligen begränsad även på annat sätt än genom väsentlighetsregeln.[1]

3 Rätt till skadestånd föreligger ej om icke-uppfyllelsen beror av force majeure eller — såvitt angår köp av bestämt gods — säljaren kan visa att han är utan skuld. Rätt till skadestånd på grund av fel i bestämt gods som förelåg redan vid köpslutet (och som således ej utgör icke-uppfyllelse av en förpliktelse), förutsätter att felet består i att viss egenskap, "som kan anses tillförsäkrad", saknas. Skadeståndsrätten omfattar i regel hela den adekvat orsakade skadan. Ansvar för skada på annan egendom genom "skadebringande egenskaper" i godset förutsätter dock culpa eller garanti.[1] Särskilt mot bakgrund av att något krav på vållande inte uppställs för hävning eller prisnedsättning, framstår culparegeln vid skadestånd som motiverad av att skadeståndet omfattar hela den genom kontraktsbrottet (adekvat) orsakade skadan och alltså kan vara mycket omfattande och betungande för gäldenären. Av hänsyn till denne måste man därför uppställa ett culparekvisit.[2]

IV. 2.

[1] Se nedan under 7.

IV. 3.

[1] Se Hellner, Köprätt 16.5.

[2] Det kan diskuteras om denna utformning av skadeståndsreglerna — alltså en mycket omfattande skadeståndsskyldighet med ett åtföljande krav på culpa — är

4 Hävningens omfattning och väsentlighetsbedömningen brukar i skandinavisk doktrin behandlas som två från varandra skilda problem. Fråga om kontraktsbrottet är tillräckligt *väsentligt* för att motivera hävning uppkommer, *dels* när kontraktsbrottet avser endast viss *ringa* del av den avtalade prestationen, *dels* när ett kontraktsbrott, som avser hela den avtalade prestationen, är av relativt lindrig natur som t ex ett endast kortvarigt dröjsmål eller ett fel, som endast obetydligt minskar godsets värde eller användbarhet. Vid den väsentlighetsbedömning, som skall äga rum enligt de skandinaviska köplagarna, fäster man i regel inget avseende vid hur ett kontraktsbrott av viss svårhetsgrad är *fördelat,* om det är koncentrerat till viss del av prestationen eller vidlåder hela prestationen.[3] Kvalitetsavvikelser och kvantitetsavvikelser mäts efter samma måttstock, om man mäter deras betydelse i relation till en från början given enhet, som oftast är hela prestationsskyldigheten enligt avtalet. Man fordrar inte något funktionellt eller intressemässigt samband mellan den fullgjorda och den icke (korrekt) fullgjorda delen av prestationen. Det *avtalsmässiga* sambandet — det förhållandet att den fullgjorda och den icke (korrekt) fullgjorda delen av prestationen avser prestationsskyldighet *enligt samma avtal* — anses i regel tillräckligt för att motivera denna sammankoppling i påföljdshänseende. Väsentlighetsbedömningen avser kontraktsbrottets betydelse i relation till den genom avtalet etablerade enheten.

I vissa situationer anses emellertid det avtalsmässiga sambandet mellan olika delar av prestationsskyldigheten inte tillräckligt för att

så lyckad och om det det inte skulle vara bättre att begränsa skadeståndsrätten till mer direkta skador, varvid man skulle kunna slopa det subjektiva rekvisitet. En sådan regel skulle utan tvivel vara lättare att tillämpa och kanske också utgöra en enligt modern uppfattning riktigare avvägning av parternas mot varandra stående intressen. Visserligen har ju borgenären, oavsett orsaken till kontraktsbrottet, tillgång till andra påföljder med en begränsad reparativ effekt, hävning och prisnedsättning. Dessa påföljders reparativa effekt täcker dock ej vissa vanligt förekommande typskador, t ex uteblivningsskada som beror av prisförändringar och utebliven handelsvinst. Se åter Hellner i TfR 1966 s. 290 ff., jfr ovan s. 43 n. 1.
IV. 4.

[3] Enligt Almén är köparens rätt att häva hela köpet på grund av fel i en del av godset alltid beroende av om felet är att anse som ringa i förhållande till *värdet av godset i dess helhet.* Då köparen har rätt att häva köpet i dess helhet då varje enhet av godset är behäftat med ett fel som nedsätter dess värde med 30 %, bör han ha samma rätt då hälften av godset är behäftat med fel som nedsätter denna hälfts värde med 60 % eller då 70 % av godset är leveransgillt men återstående 30 % absolut värdelöst, Tillägg till §§ 42—43 vid n. 2 ff. Se även NJA 1936 s. 689 om fel i en del av godset, ej "ringa i förhållande till värdet av godset i dess helhet".

motivera en sammankoppling i påföljdshänseende. Man fordrar därutöver ett funktionellt eller intressemässigt samband mellan den fullgjorda och den icke (korrekt) fullgjorda delen av prestationsskyldigheten enligt avtalet. Om vid successiv leverans en post blivit fördröjd eller är behäftad med fel, kan köparen enligt 22 § respektive 46 § KöpL häva köpet i dess helhet endast om "posterna stå i det sammanhang, att det skulle lända köparen till förfång att endast delvis vidbli köpet". Också i andra situationer kan det bli aktuellt att begränsa hävningsrätten till ej (korrekt) fullgjord del av prestationsskyldigheten enligt avtalet. Det är dessa frågor — alltså *i vilka situationer* som blott och bart det avtalsmässiga sambandet mellan olika delar av prestationsskyldigheten ej motiverar en sammankoppling i påföljdshänseende och *vad som då erfordras* för att borgenären skall kunna utvidga hävningen till att avse hela prestationsskyldigheten enligt avtalet — som anses höra hemma i problemkomplexet hävningsrättens omfattning. Hit hör vidare frågan i vad mån borgenären, *då gäldenären motsätter sig detta,* kan begränsa hävningsrätten till viss del av köpet.[4]

Frågan om hävningsrättens omfattning och frågan om kontraktsbrottet är tillräckligt väsentligt för att ge hävningsrätt hänger ihop såtillvida, att hävningsrättens omfattning måste fastställas *innan* väsentlighetsbedömningen företas. Innan man besvarar frågan om kontraktsbrottet är väsentligt, måste man besvara frågan: *väsentligt i förhållande till vad?* Väsentlighetsbedömningen måste alltid ske i förhållande till en på förhand given och avgränsad enhet, och hävningsrätt — om sådan föreligger — omfattar just denna enhet. Väsentlighetsbedömningen utfaller olika beroende på hur omfattande hävningsrätten är. Ett fel som nedsätter värdet hos 10 procent av godset med en tredjedel är ett väsentligt kontraktsbrott i förhållande till säljarens skyldighet att avlämna dessa 10 procent i felfritt skick, däremot troligen inte i förhållande till hela hans prestationsskyldighet enligt avtalet. Det gäller här att lösa problemen i rätt ordning och att inte röra ihop de omständigheter som är avgörande för hävningsrättens omfattning med de omständigheter (däribland just hävningsrättens omfattning) som är avgörande vid väsentlighetsbedömningen, och att se till att den väsentlighetsbedömning som företas verkligen avser kontraktsbrottet i relation till den enhet som kommer att omfattas av hävningen. Man får i det här använda exemplet inte gå tillväga så att man först konstaterar att felet är väsentligt i förhållande till de 10 procent av godset som berörs därav för att där-

[4] Om hur dessa frågor lösts i svensk rätt, se nedan under 6 och 7.

efter sluta att, eftersom posterna står i ett sådant sammanhang att det skulle "lända köparen till förfång" att delvis vidbli köpet, hävningsrätten jämlikt 22 § bör omfatta hela prestationsskyldigheten enligt avtalet. Om fråga uppkommer om att utvidga hävningsrätten till att omfatta hela avtalet, måste man göra en ny väsentlighetsbedömning som avser kontraktsbrottets relation till denna nya enhet.[5]

5 Vad väsentlighetskravet vid hävning egentligen skall anses innebära hör till de mycket omdiskuterade och ännu icke helt klarlagda frågorna inom köprätten. Frågan om väsentlighetskravets innehåll upplöser sig för det första i två delfrågor, nämligen *dels* frågan om *vilken mätningsmetod* man skall använda, d v s frågan om vilka omständigheter som skall beaktas vid bedömningen, *dels* frågan *hur betydelsefullt eller omfattande* kontraktsbrottet skall vara *enligt den använda mätningsmetoden* för att medföra hävningsrätt. Den förra frågan skall behandlas först.

a Den mätningsmetod som sammanhänger med teorin om hävningen som den påföljd parterna skulle ha avtalat om de övervägt möjligheten att ett kontraktsbrott, och de invändningar som kan anställas mot denna metod, har redan utvecklats i det föregående.[1] Å ena sidan kan man vid formuleringen av det hypotetiska provet icke underlåta att beakta att borgenären i regel har tillgång till andra mer begränsade påföljder än hävning och å andra sidan kan, inom ramen för ett hypotetiskt prov, ett sådant hänsynstagande icke ske utan att borgenärens inställning till olika tänkbara påföljder blir direkt avgörande för frågan om han skall ha total hävningsrätt eller vara hänvisad till mer begränsade påföljder.

Anhängare till förutsättningsläran har ansett sig finna stöd för att väsentlighetsbedömningen enligt köplagen skall ske enligt den inom förutsättningsläran utbildade metoden i 21 § andra st. KöpL.[2] Enligt denna regel kan köparen ej häva om dröjsmålet var av ringa betydelse för honom eller säljaren hade grundad anledning anta att så var fallet. Det är alltså dröjsmålets betydelse för köparen *i det konkreta fallet* som har betydelse. Vidare uppställs, liksom vid förutsättningslärans hypotetiska prov, ett *synbarhetsrekvisit*. Detta behöver emellertid inte inne-

[5] Jfr om rätten att häva hela köpet med stöd av förfångsregeln i 22 § nedan 3 kap. I A 2.

IV. 5. a.

[1] Ovan under II B 3.

[2] Ussing, Bristende Forudsætninger s. 97 f. och s. 110 f.

bära att borgenärens inställning vid tidpunkten för avtalets slutande skall vara avgörande. En konkret väsentlighetsbedömning kan innebära en *utifrån gjord* (objektiv) värdering av kontraktsbrottets betydelse för borgenären i *dennes nuvarande situation.* Synbarhetsrekvisitet kommer då att avse gäldenärens kunskap om de omständigheter som föranleder att kontraktsbrottet har denna betydelse för borgenären.[3]

Vidare kan man inte utan vidare anta att den metod för väsentlighetsbedömningen, som föreskrivs i 21 § andra st. och som är direkt tillämplig endast vid dröjsmål med avlämnandet vid civilt köp, skall gälla även andra typer av kontraktsbrott.[4]

Vid *säljarens dröjsmål vid handelsköp* uppställs över huvud icke något väsentlighetskrav i vad angår dröjsmålets *längd.* Även ett mycket kortvarigt dröjsmål ger köparen hävningsrätt. Denna regel anses dock inte innebära något avsteg från väsentlighetsprincipen utan vara ett uttryck för att vid handelsköp varje dröjsmål med godsets avlämnande är av väsentlig betydelse för köparen.[5] Väsentlighetskravet vid handelsköp avser endast *hur stor del* av godset som är fördröjt. Köparen kan ej häva (hela) köpet om dröjsmålet avser "allenast en ringa del av godset". Det vid *fel i godset* uppställda väsentlighetskravet formuleras så att hävningsrätt ej föreligger om felet är att "anse som ringa", 42 § första st. 2 p. och 43 § första st. 2 p. Motsvarande skall enligt 50 § gälla vid brist i godset.

Vid dessa kontraktsbrottstyper finner man alltså i själva lagtexten inga hållpunkter för hur väsentlighetsbedömningen skall företas. Möjligen kan man säga att det i 21 § använda uttryckssättet, "utgör allenast en ringa del av godset", närmast tyder på att väsentlighetsbedöm-

[3] Jfr Jørgensen, Forudsætning og mangel s. 163: ingenting tyder på att köplagens felbegrepp bygger på parternas hypotetiska vilja, en annan sak är att det är konkret. Ussing påpekar skillnaden mellan en väsentlighetsbedömning som utgår från borgenärens individuella förhållanden, men som dock innebär en utifrån företagen bedömning av dessa förhållanden, och en väsentlighetsbedömning som fäster avgörande betydelse vid *borgenärens egen värdering av dessa förhållanden,* a.a. s. 97 f.

[4] Ussing utgår från att den väsentlighetsbedömning som föreskrivs i 21 § andra st. är uttryck för en mer generell princip, som gäller även vid andra kontraktsbrottstyper, a.a. s. 98 och s. 111 f. Så även Vinding Kruse, Misligholdelse s. 50 och s. 287. Motsatt uppfattning, åtminstone vad gäller köparens dröjsmål, Stang-Solem, s. 205.

[5] Almén, § 21 vid n. 199. Fråga är om detta är riktigt, och om det inte snarae förhåller sig så att man vid en kontraktsbrottstyp, *där någon rimlig (se nedan) objektiv mätningsmetod inte står tillbuds,* valt att göra avsteg från väsentlighetsprincipen, en lösning som tillgodoser preventiva hänsyn och synpunkten att reglerna skall vara lätta att tillämpa.

ningen skall ske objektivt, medan 42 och 43 §§ "att anse såsom ringa", lämnar större frihet vid bedömningen.

Man kan som sagt inte utan vidare anta att den i 21 § för civila köp föreskrivna väsentlighetsbedömningen uttrycker en generell princip som gäller vid alla kontraktsbrottstyper. Att man här föreskrivit en konkret väsentlighetsbedömning kan bero på att det *vid denna typ av kontraktsbrott* inte finns någon rimlig abstrakt metod att mäta kontraktsbrottets väsentlighet. Visserligen kan man ju mäta dröjsmålets varighet i tidsenheter. Emellertid kan dröjsmålets längd användas som ett mått på kontraktsbrottets väsentlighet endast om dröjsmål av en viss längd *för borgenärer i allmänhet* innebär ett visst bestämt mått av skada eller olägenhet. Vid förseningar i civila köp varierar förseningens betydelse för borgenären så kraftigt med individuella omständigheter, att förseningens längd inte kan användas som ett mått på dröjsmålets betydelse. Vid fel i godset och framför allt vid kvantitetsavvikelser finns det däremot abstrakta mätningsmetoder, som bättre täcker kontraktsbrottets betydelse för borgenärer i allmänhet.

Den förhärskande uppfattningen tycks dock vara att man även vid andra kontraktsbrottstyper än förseningar i första hand använder en konkret metod, och abstrakta mätningsmetoder tillmäts en — åtminstone i teorin — undanskymd plats.[6] Endast om den konkreta metoden inte ger något utslag, faller man tillbaka på abstrakta metoder. Dock *presumeras* att ett kontraktsbrott, som enligt en generell måttstock är väsentligt, också är väsentligt för den individuella borgenären,[7] och genom denna presumtion får naturligtvis abstrakta mätningsmetoder en avsevärd praktisk betydelse. Om och i den mån man vid väsentlighetsbedömningen utgår från borgenärens individuella förhållanden, så uppställs ett korresponderande synbarhetsrekvisit.

b Den andra huvudfrågan rörande väsentlighetskravets innehåll är *hur omfattande eller betydelsefullt enligt den använda mätningsmetoden* kontraktsbrottet skall vara för att medföra hävningsrätt. Denna fråga torde vara praktiskt viktigare än den föregående. Olika mätningsmetoder ger ofta samma resultat i det konkreta fallet. Vad det kommer an på är *hur betydelsefullt för den individuella borgenären* eller *hur*

6 Almén, § 42 vid n. 67a—75, Hellner, Köprätt 16.2. Bengtsson, § 13 D 1, påpekar dock att relationen mellan godsets värde enligt avtalet och i levererat skick torde ha stor betydelse för domstolens prövning.

7 Rodhe, § 37 vid n. 71, uttrycker saken så "att det för hävningsrätt kräves väsentlighet in concreto, därvid väsentlighet in abstracto presumeras medföra väsentlighet in concreto".

omfattande enligt en mer generell standard kontraktsbrottet skall vara för att medföra total hävningsrätt.[8] Här tycks det vara omöjligt att ge något precist svar.

Väsentlighetsregeln bör karaktäriseras som *ett slags standard.* Uttrycket standard har i skandinavisk rätt lanserats av Knoph. Med standard avses en rättsregel som inte anknyter till bestämda, yttre kriterier men som inte heller helt överlämnar till domaren att bedöma det enskilda fallet på det sätt han finner riktigt. Standarden ger domaren "*et direktiv med på veien,* idet den henviser til en målestokk som skal brukes ved pådømmelsen".[9] I sin närmare definition av begreppet standard följer Knoph Pound i An Introduction to the Philsophy of Law: Utmärkande för en standardregel är: (1) "They all involve a certain moral judgment upon conduct. It is to be "fair", or "conscientious" or "reasonable" or "prudent" or "diligent". (2) They do not call for exact legal knowledge exactly applied, but for common sense about common things or trained intuition about things outside of everyone's experience. (3) The are not formulated absolutely and given an exact content, either by legislation or by judicial decision, but are relative to times and places and circumstances and are to be applied with reference to the facts of the case in hand. They recognize that within the bounds fixed each case is to a certain extent unique."[1]

Det första av dessa tre kriterier är väl inte riktigt uppfyllt i köplagens väsentlighetsregel. Regeln hänvisar inte till någon moralisk måttstock eller till "den korrekte sosiale optreden".[2] De två andra kriterierna tycker jag däremot passar väl in på väsentlighetsregeln. Avgörandet kan inte deduceras ur regeln utan måste bygga på en icke specifikt juridisk värdering av den föreliggande situationen, och omständigheterna i det enskilda fallet spelar en roll som inte kan fastställas i en generell formel.[3]

[8] Denna fråga har, såvitt angår den inom förutsättningsläran utbildade mätningsmetoden, redan behandlats i diskussionen om hur det hypotetiska provet skall utformas, se ovan under II B 3.

[9] Knoph, Rettslige standarder s. 1 f. Om standarder, se vidare Arnholm, Alminnelig avtalerett s. 95 ff. och Hult, Regel, standard och skön.

[1] Pound, Philosophy of Law s. 58, jfr Knoph, a.a. s. 4.

[2] Uttrycket är Knophs, a.a. s. 4. Väsentlighetsregeln i IntKöpL Art. 10 uppfyller också detta kriterium i det den hänvisar till vad en "förnuftig person" insett eller bort inse.

[3] Knoph själv nämner väsentlighetsregeln som en regel som ligger på gränsen till standardreglerna men dock snarare är att uppfatta som en skönsregel, a.a. s. 6. Läran om felaktiga förutsättningar uppfattas däremot som ett försök att uppställa en standard och utkristallisera vissa "understandarder", a.a. s. 37. Hult

Standarder får inte förväxlas med regler som i själva verket ger domaren en helt fri prövningsrätt. Knoph framhäver att standarder i motsats till rena skönsregler har *ett visst eget rättsinnehåll* och att man inte får tappa bort de objektiva och imperativa elementen i standardreglerna.[4]

Väsentlighetsregelns innehåll i det avseende som nu diskuteras kan *delvis* beskrivas mer objektivt och generellt. *Å ena sidan* kan det fastslås att kontraktsbrottet, för att medföra hävningsrätt, ej behöver vara så omfattande att prestationen blir helt eller i det närmaste värdelös eller oanvändbar för borgenären. Inte heller torde väsentlighetsbedömningen vara relaterad till andra mer begränsade påföljder på ett sådant sätt att kontraktsbrottet ej anses tillräckligt väsentligt för att medföra total hävningsrätt om en mer begränsad påföljd ger full reparativ effekt. Så är i vart fall ej fallet vid dröjsmål eller annat kontraktsbrott som berör endast del av godset, där en partiell hävning utgör ett alternativ till totalhävning. Även om det inte existerar något funktionellt samband mellan korrekt fullgjord och ej korrekt fullgjord del av säljarens prestation, och köparens intresse av att hållas skadeslös följaktligen skulle bli tillräckligt tillgodosett genom en partiell hävning, kan kontraktsbrottet vara tillräckligt väsentligt för att medföra total hävningsrätt. Väsentlighetsbedömningen av kvantitetsavvikelser och fel rörande endast viss del av godset skall ske *kvantitativt* i relation till prestationsskyldigheten i dess helhet, *ej kvalitativt* i relation till korrekt fullgjord del. Detta framgår om inte annat motsättningsvis av förfångsregeln vid successiv leverans, som just innebär en sådan *kvalitativ* väsentlighetsbedömning.

Å andra sidan kan man fastslå att köplagens väsentlighetsregel inte är lika sträng (mot gäldenären) som den s k minimiregeln, vilken endast sållar bort helt eller praktiskt taget betydelselösa avvikelser. Ett exempel på denna typ av väsentlighetsbedömning utgör det undantag för "mikroskopiska" avvikelser härlett ut satsen "lex non curat minimis", som engelska domstolar gör från regeln att varje avvikelse från föreskriven kvantitet eller kvalitet ger köparen total hävningsrätt.[5] Vi-

nämner väsentlighetsregeln rörande fel i godset som exempel på en regel, där domaren har att efter eget skön mäta *omfattningen* av ett visst faktiskt förhållande eller *vikten* därav, a.a. s. 133.

[4] A.a. s. 5, s. 13, s. 36.

[5] Se Atiyah, s. 50 vid n. 4 om ett fall, där köparen ansågs berättigad att häva därför att något mindre än en procent av godset (timmer) ej höll föreskrivna mått. Det är också fastslaget att felet inte behöver ha *ens någon praktisk ekonomisk* betydelse, se Atiyah, s. 56 f. vid kommentering av ett rättsfall där godset

dare kan nämnas undantaget från regeln att säljaren svarar för fel i godset enligt BGB § 459. "Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kommt nicht in Betracht." Om felet är oväsentligt i denna bemärkelse, kan köparen inte utöva någon påföljd alls, alltså ej heller prisnedsättning. Så sträng mot gäldenären är inte köplagens väsentlighetsregel. Ett kontraktsbrott kan ha viss praktisk och ekonomisk betydelse, som motiverar både prisnedsättning och skadestånd, men ändock inte nå upp till det i köplagen uppställda väsentlighetskravet.

För fall som ligger emellan dessa ytterligheter ger väsentlighetsregeln inte något klart besked, och dess tillämpning förutsätter en verksamhet från domstolens sida som inte kan beskrivas i någon generell formel.

Domstolarna — och även doktrinen — skall i sin verksamhet söka rationalisera d v s precisera innehållet i av lagstiftaren uppställda standarder.[6] Detta kan tillgå så att man preciserar standardens innehåll *i olika typsituationer.* Man uppställer "understandarder" för dessa typfall. Vad gäller väsentlighetsregeln förefaller det dock som om rationaliseringen icke drivits särskilt långt. Man antar inom doktrinen att vid kvalitetsavvikelser skillnaden mellan godsets marknadsvärde och felfritt och i felaktigt skick och vid kvantitetsavvikelser de saknade enheternas procentuella andel av totalmängden spelar en roll.[7] Man aktar sig dock för att binda sig vid några bestämda procentsatser, och det påstås inte att dessa förhållanden har exklusiv betydelse. Ur domstolspraxis kan man inte dra ut några egentliga "understandarder".[8] Dock kan naturligtvis en genomgång av HD:s praxis ge *ett intryck* av hur domstolarna tillämpar väsentlighetsregeln.[9]

Det är kanske inte så förvånande att köplagens väsentlighetsregler efter 60 års tillämpning fortfarande ter sig obestämda till sitt innehåll. Åtminstone vissa författare anser att man inte *bör* rationalisera bort det fria skönet i en regel av standardkaraktär. Ett av syftena med att formulera rättsregler som standarder är att ge domstolarna möjlig-

var *felförpackat:* "This case illustrates the rule that if there has been a breach of condition the buyer is entitled to reject the goods even though he suffers no damage therefrom (— — —)."

[6] Om rationalisering av standarder, se Knoph, a.a. s. 29 ff.

[7] Bengtsson, § 13 vid n. 117.

[8] Jfr Knoph, a.a. s. 43 f., som varnar för att övervärdera äldre rättsavgöranden rörande standarder och tillägga dem något egentligt prejudikatvärde.

[9] Bengtssons arbete innehåller en redogörelse för en sådan genomgång, se § 13 n. 115. Jfr Knoph, a.a. s. 31, om praktiska exempel på hur standardregeln verkar, som ett medel att "få den riktige målestokken i blodet".

het att träffa ett lämpligt avgörande i det enskilda fallet. Detta syfte motverkas om domstolarna i sin verksamhet utbildar bindande "understandarder".[1]

c Emellertid kan man inte slå sig till ro med att väsentlighetsregelns karaktär är sådan att man inte kan uppställa "understandarder". Regelns innehåll kan preciseras på annat sätt. Knoph framhäver vikten av att man gör klart för sig "standardens almindelige intressevurdering", dess "hovedinnstilling" till de intressekollisioner det är fråga om.[2]

Den intresseavvägning som ligger bakom väsentlighetsregeln har företagits på grundval av bestämda tids- och omsättningsförhållanden. Enligt Jørgensen är köplagens påföljdsregler främst anpassade till den handel som dominerade förhållandena vid tiden för köplagens tillkomst, nämligen grosshandeln med råvaror. Inom denna sektor använder man fortfarande köplagens påföljdssystem, medan man för handelr med industrivaror utvecklat ett helt annat påföljdssystem inom formulärrätten.[3] Man skall därför kanske inte förvänta sig att man inom ramen för köplagens påföljdsregler skall kunna åstadkomma ändamålsenliga lösningar för t ex maskinindustrin. Viss ledning bör man dock kunna hämta ur de allmänna överväganden som får antas ligga bakom väsentlighetsregeln.

Uppställandet av ett väsentlighetskrav är främst motiverat av gäldenärens intressen. Hävningsrättsföljden innebär ofta förluster och kostnader för gäldenären utan någon motsvarande reparativ effekt. Mot gäldenärens intresse av att hävningsrättsföljden ej inträder i dessa fall står borgenärens intresse av att ha tillgång till hävningsrättsföljden i samtliga de fall där mer begränsade påföljder icke kompenserar eller undanröjer den skada eller olägenhet som uppkommit för honom genom kontraktsbrottet, hävningsrättsföljdens preventiva funktion samt önskvärdheten av att inte komplicera regelsystemet genom att begränsa borgenärens fria valrätt mellan olika tillgängliga påföljder.

En avvägning av dessa mot varandra stående intressen har resulterat i uppställandet av ett väsentlighetskrav. Gäldenären kan även vid relativt omfattande kontraktsbrott ha ett *i och för sig* berättigat intresse av att undgå de med hävningsrättsföljden förbundna nackdelarna för honom, men i dessa fall har de motstående intressena ansetts väga tyngre. Om kontraktsbrottet däremot är relativt obetydligt, framstår de med

[1] Se t ex Knoph, a.a. s. 38 ff. om "Farene ved rasjonaliseringen". Detta är emellertid ett mycket kontroversiellt spörsmål, se t ex Karlgren i SvJT 1940 s. 527 ff.
[2] A.a. s. 26, s. 31 f.
[3] Jørgensen, Misligholdelse s. 457, s. 487 f.

hävningsrättsföljden förbundna olägenheterna för gäldenären som orimligt omfattande jämfört med den reparativa effekt som hävningsrättsföljden åstadkommer. Genomsnittligt förhåller det sig väl också så att man snarare vid "oväsentliga" än vid "väsentliga" kontraktsbrott kan åstadkomma full reparativ effekt genom mer begränsade påföljder än totalhävning. Vid kvantitetsavvikelser och andra kontraktsbrott som endast berör viss avskiljbar del av godset förhåller det sig visserligen långt ifrån alltid på detta sätt, men det kan ändock, med hänsyn till preventionssynpunkten och till önskemålet att ej utan tungt vägande skäl komplicera regelsystemet, vara motiverat att här använda samma regel som vid andra kontraktsbrottstyper. Genom att uppställa ett väsentlighetskrav undviker man också i en rad fall att borgenären använder sig av en för honom i realiteten betydelselös avvikelse för att komma ifrån ett avtal som av andra skäl blivit oförmånligt för honom.

Fråga är emellertid i vad mån dessa olika hänsyn kan beaktas *även i det enskilda fallet*. Vissa författare hävdar att tillämpning av väsentlighetsregeln i det konkreta fallet innebär en avvägning av samtliga de olika hänsyn som talar för och emot hävning. Man skulle ta hänsyn till — ej blott kontraktsbrottets omfattning och betydelse för borgenären — utan också möjligheten att åstadkomma full reparativ effekt genom mer begränsade påföljder, om hävningspåföljden i det särskilda fallet är särskilt betungande för gäldenären och till gäldenärens skuld i det inträffade.[4]

En sådan fri intresseavvägning kan emellertid komma i konflikt med det objektiva, imperativa innehållet i väsentlighetsregeln. Om lagstiftaren tänkt sig att domstolarna alltid skulle ta hänsyn till t ex gäldenärens skuld i det inträffade, skulle hävningsreglerna ha formulerats annorlunda. Säkerligen har man inte förbisett de skäl som talar för att

[4] Se Bengtsson, § 10 n. 52 ff. som dock anser att någon intresseavvägning ej får äga rum i det individuella fallet utan endast vid bestämmandet av väsentlighetsregelns innehåll i olika typsituationer. Hellner, PM s. 24, anser att bestämningen av väsentlighetskravet i IntKöpL är så innehållslös, att domstolarna i praktiken hänvisas till någon form av skälighetsbedömning. Karlgren, Sakkunnigutlåtande 1965 s. 11, tycks anse att väsentlighetsbedömningen i praktiken är ganska fri och sker *intuitivt*. Augdahl anser att hävningsrätt bör föreligga då borgenären har "skjellig grunn" att lösgöra sig från avtalet, och härmed avser han en totalvärdering av mot varandra stående hänsyn. Visserligen kan en sådan totalvärdering endast med svårighet förenas med köplagens väsentlighetsregel vid fel i godset, men det är "neppe grunn til her å ta loven strengt på ordet", Augdahl, Alm. del s. 202 f. Marks v Würtenberg i SvJT 1932 s. 131 beskriver väsentlighetsbedömningen som en "diskretionär uppgift" för domstolarna.

behandla gäldenären strängare i de fall där hans beteende är klandervärt. Att orsaken till kontraktsbrottet ändock icke tillagts något rättslig betydelse torde, som ovan påpekats, bero på att man inte velat anknyta hävningspåföljden till ett så svårkonstaterbart rättsfaktum som gäldenärens vållande. Om domstolarna trots detta alltid beaktar orsaken till kontraktsbrottet motverkas syftet att reglerna skall vara lätta att tillämpa för parterna själva. Man får inte ta standardelementet i väsentlighetsregeln till intäkt för att frångå det objektiva innehållet i regeln.[5]

Det förefaller därför som om en sådan intresseavvägning endast kan äga rum i sådana fall där domstolen vid själva väsentlighetsbedömningen måste begagna sig av ett visst fritt skön. I vissa fall — kanske en kvantitativt betydande andel av kontraktsbrottsfallen — ger väsentlighetsregeln klart utslag. I dessa fall bör parterna också kunna räkna med att domstolen respekterar det objektiva innehållet i väsentlighetsregeln, och lösa tvisten utan att beakta sådana omständigheter som t ex gäldenärens skuld i det inträffade. I fall som ligger emellan dessa ytterligheter bör man däremot kunna beakta andra omständigheter än kontraktsbrottets väsentlighet.[6]

Vissa principiella invändningar kan kanske riktas även mot en sådan rättstillämpning. Man skulle kunna påstå att till väsentlighetsregelns objektiva innehåll hör, att det är kontraktsbrottets omfattning, ej andra omständigheter, som skall vara avgörande för hävningsrätten.[7] Denna ståndpunkt är nog alltför doktrinär, och medför inte några praktiska fördelar. Då det gäller "mellanfallen" innebär ett hänsynstagande till andra omständigheter än kontraktsbrottets omfattning *ej* att reglerna blir svårare att tillämpa. I dessa fall är parternas möjligheter att förutse utgången av tvisten, om den dras inför domstol, *under alla omständigheter,* ringa. Förutsebarheten *blir inte mindre* därför att domstolen beaktar även andra omständigheter än kontraktsbrottets omfattning och betydelse för borgenären, kanske snarare tvärtom. Det är

[5] Om domstolarna anser sig kunna bortse även från det objektiva innehållet i väsentlighetsregeln, så bör detta i vart fall endast kunna ske genom uppställandet av understandarder med ett välavgränsat tilllämpningsområde. En sådan understandard skulle man kanske kunna tänka sig vid vissa beställningsköp. Jfr Bengtsson, § 13 vid n. 71 ff., som förordar en mildare hävningsregel och en friare bedömning vid köp av specialtillverkade varor. Om väsentlighetsbedömningen då godset icke kan återställas i oförändrat skick, se nedan 4 kap. under I A 7, särskilt om NJA 1938 s. 318.

[6] Jfr motsvarande resonemang ang. tillämpning av riskregeln i KöpL 22 §, nedan s. 205 ff.

[7] Jfr Augdahl. Alm. del s. 202 f.

ju fråga om omständigheter som enligt en mycket allmän rättsuppfattning bör påverka lösningen av tvisten. Det är därför troligt att parterna vid en bedömning, som måste innefatta ett visst mått av fritt skön, kommer fram till samma lösning som en domstol skulle ha gjort.

Man skall inte förvänta sig att av HD:s domar kunna utläsa i vad mån man tagit hänsyn till t ex gäldenärens skuld. Eftersom det måste anses tveksamt i vad mån man de lege lata kan ta hänsyn till dylika faktorer, blir man troligen benägen att inte redovisa dem i domskälen. Man nöjer sig med att skriva att kontraktsbrottet når upp till eller inte når upp till det uppställda kravet på väsentlighet. Eftersom väsentlighetsbedömningen innefattar ett visst mått av fritt skön, finns det inte heller någon möjlighet för en utomstående att, genom att jämföra de faktiska omständigheterna och utgången i olika mål, avslöja att man tagit hänsyn till dylika faktorer. Det kan inte fastslås att i två mål med olika utgång i hävningsfrågan de inträffade kontraktsbrotten varit exakt lika omfattande och att följaktligen andra omständigheter än kontraktsbrottets omfattning påverkat utgången i målet. En sådan jämförelse förutsätter nämligen att väsentlighetsregeln har ett klart, kommunicerbart innehåll.[8]

6 Förutom genom väsentlighetsregeln är borgenärens hävningsrätt inskränkt genom en av doktrin och praxis utbildad särskild regel om hävningsrättens omfattning vid köp rörande flera olika specieting eller varuslag. Denna regel innebär att hävningsrätten, oavsett hur omfattande kontraktsbrottet är i relation till hela prestationsskyldigheten enligt avtalet, är begränsad till det eller de varuslag som berörs av kontraktsbrottet. Endast om borgenären kan visa att det utöver det avtalsmässiga sambandet finns ett funktionellt samband mellan de olika specietingen eller varuslagen, så att det skulle vålla honom skada att delvis stå fast vid avtalet, utvidgas hävningsrätten till att avse hela den avtalade prestationsskyldigheten.[1] Bakgrunden till denna regel torde vara

[8] Jfr motsv. resonemang ang. tolkning av praxis rör. 22 § Köpl, nedan s. 206 f. IV. 6.

[1] Se Almén, 1 uppl. Tillägg till §§ 42 och 43 vid n. 60—75, jfr Ussing, Køb § 15 II B 3. Innehållet i dessa regler ger upphov till åtskilliga tolkningsproblem. Innehållet i förfångsrekvisitet skall närmare behandlas i avsnittet om successiv leverans, se nedan 3 kap. I A 2. — Det kan emellertid också vålla svårigheter att fastställa *under vilka förutsättningar* man i stället för en kvantitativ väsentlighetsbedömning skall tillämpa förfångsregeln. Vad menas t ex med olika varuslag? Målet NJA 1934 s. 477 angick köp av virke i 5 olika dimensioner. Säljaren kunde inte leverera något 2" plank, av vilken dimension han bort leverera ungefär en sjundedel av hela den avtalade mängden. HD:s majoritet fast-

dels att det *normalt* inte föreligger något funktionellt samband mellan de olika delarna av prestationsskyldigheten enligt avtalet, *dels* att man i en rad fall slipper ta ställning i den ofta vanskliga frågan om prestationsskyldigheten avseende de olika specietingen eller varuslagen härrör ur ett och samma avtal eller ur flera skilda avtal.[2]

slog att köparens hävningsrätt endast omfattade den del av varan som säljaren inte kunde leverera. Två JustR hade en motsatt uppfattning på denna punkt. Av domskälen framgår inte helt klart om HD:s majoritet ansett det vara fråga om olika varuslag och därför tillämpat förfångsregeln, eller om oförmåga att leverera en sjundedel av avtalad mängd vid en kvantitativ bedömning ej ansetts tillräckligt väsentlig. I vart fall torde man i anledning av att leveransen avsåg virke i olika dimensioner ha avvikit från den standard som eljest tillämpas vid en kvantitativ väsentlighetsbedömning. I målet NJA 1931 s. 416, som rörde köp av tobaksvaror av olika märken, levererade säljaren endast omkring en tredjedel av avtalad mängd. (Köparen antydde också att säljaren endast fullgjort den del av avtalet som ställde sig förmånligast för honom, nämligen de dyrare sorterna.) HD konstaterade, att eftersom säljaren i så väsentlig omfattning undandragit sig köpets fullgörande, ägde köparen häva köpet i dess helhet. Även i detta mål är det oklart vilken regel HD egentligen tillämpade. Har man ansett att prestationsskyldigheten avseende de olika varusorterna borde bedömas som en enhet, eller var det den omständigheten att köparen undandrog sig fullgörande av *större delen av avtalet* som fällde utslaget? Se vidare NJA 1916 s. 505 (dissens): Vid köp av 6 cyklar, jämte vissa tillbehör, där säljaren endast levererade cyklarna, tillämpade HD förfångsregeln och kom fram till att köparens hävningsrätt ej omfattade cyklarna. I NJA 1924 s. 465, som gällde köp av ett halsband och ett cigarrettetui till ett gemensamt pris, ville HovR tillämpa förfångsregeln, men HD ansåg att säljaren inte styrkt något förhållande som lagligen kunde medföra förpliktelse för köparen att endast delvis vidbli köpet. Den omständigheten att halsbandet och etuiet inköpts till ett gemensamt pris och att parterna icke var ense om hur stor del av köpeskillingen som skulle anses belöpa på de olika föremålen kan ha spelat en roll, i synnerhet som föremålen var så individuellt präglade att ett fastställande av värderelationen utifrån någon tillförlitlig objektiv standard knappast lät sig göra. Se även några danska avgöranden, U 1952.832 (3 tygstycken av 7 felaktiga, köparen skyldig att ta emot de andra 4), 1952.836 (2 av 5 klänningstyger av olika form och kvalitet kunde ej levereras, totalhävning, eftersom det var av avgörande betydelse för köparen att han fick alla 5), 1948.1071 H (vid köp av råsaft och kakaoersättning disponerade köparen över råsaften och blev därmed förhindrad att häva betr. kakaoersättningen).

[2] Frågan om vad som är avgörande för om prestationsskyldigheten skall anses härröra ur ett och samma avtal eller ur flera skilda avtal tycks vara tämligen outredd, se NJA 1904 s. 72, 1919 A nr 296 o. 489, 1942 s. 653 samt U 1933.293 H, 1933.524, 1958.379 H. Av betydelse tycks vara under vilka *yttre* omständigheter prestationsskyldigheten tillkommit, om ett eller flera skriftliga avtal upprättats, den tid som förflutit dessemellan osv. Att prestationsskyldigheten avser ett och samma slags vara och att avtalet även i övrigt sluts på samma eller liknande villkor är omständigheter som gör att man tenderar att betrakta prestationsskyldigheten som en enhet. Inte sällan tycks man begagna distinktionen för att komma fram till det slut i hävningsfrågan som man av olika skäl anser lämpligt. Gränsen dras kanske inte på samma sätt då det är fråga om säljarens hävningsrätt på grund av köparens dröjsmål med betalningen som då det är fråga om

7 Köplagen innehåller över huvud inga regler om partiell hävning utom såvitt angår successiv leverans. Den ovan redovisade regeln om hävningsrättens begränsning till ej kontraktsenligt fullgjord del av avtalet, då detta avser flera olika specieting eller varuslag, har inte något direkt stöd i köplagen. Det samma gäller de regler som ger borgenären *rätt* att i stället för totalhävning välja partiell hävning, då han föredrar denna sistnämnda påföljd. De har utbildats inom doktrin och praxis, och huvudlinjerna drogs upp redan i första upplagan av Alméns kommentar till lagen.[1]

Den omständigheten att borgenären har total hävningsrätt utgör inte något hinder för honom att i stället välja partiell hävning.[2] Ett partiellt dröjsmål eller fel i en del av godset ger ofta borgenären total hävningsrätt, enligt den kvantitativa väsentlighetsbedömning som skall användas, men borgenären kan, om han så vill, häva endast beträffande den fördröjda eller felaktiga delen och fasthålla avtalet i övrigt. Borgenärens rätt att välja partiell hävning är dock underkastad vissa begränsningar.

a Enligt vad som hävdas inom doktrinen är partiell hävning tillåten endast då kontraktsbrottet är begränsat till viss del av gäldenärens prestation och skall avse just denna del av prestationsskyldigheten. Köparen kan enligt Almén inte begränsa sin hävningsrätt till del av godset då detta i sin helhet är kontraktsstridigt.[3] Köparen kan alltså inte, om *allt* godset är felaktigt eller levererats för sent, behålla en del och häva beträffande återstoden.

Denna begränsning i borgenärens rätt att välja partiell hävning blir begriplig endast om man beaktar dess historiska bakgrund. Enligt uppfattningen om hävningen som *den avtalade påföljden* är partiell hävning tillåten endast då man i avtalet eller i parternas beteende efter avtalet kan finna hållpunkter för att de *avsett* en sådan lösning i den uppkomna situationen. Att i andra fall tillåta en partiell hävning skulle vara att påtvinga den av parterna, som motsätter sig denna lösning, *ett nytt avtal*.[4] I engelsk rätt fasthåller man fortfarande — åtminstone

köparens hävningsrätt vid säljarens kontraktsbrott. 29 § kan också tillämpas analogt på flera likartade köp, se NJA 1943 s. 689, U 1933.524.

[1] Almén, Tillägg till §§ 42 och 43 n. 28 ff. Inom doktrinen i övrigt har man inte ifrågasatt Alméns slutsatser, varken de lege lata eller de lege ferenda, se framställningarna hos Bengtsson, § 13 vid n. 134, Hellner, Köprätt 16.2, Rodhe, § 38 vid n. 1 ff. Jfr för dansk rätts vidkommande, Ussing, Køb § 15 II B 3.

[2] Almén, Tillägg till §§ 42 och 43 vid n. 30 ff.

[3] Almén, Tillägg till §§ 42 och 43 vid n. 48 ff.

[4] Jfr ovan under II B 1.

i teorin — denna uppfattning, och borgenären kan fordra partiell hävning endast då avtalet är "divisible" eller då man ur gäldenärens beteende efter avtalet kan utläsa (eller fingera) villighet att ingå ett nytt avtal beträffande den kontraktsenligt fullgjorda delen av prestationen. Borgenärens rätt att ta emot erbjuden delprestation och häva beträffande återstoden motiveras med att gäldenärens erbjudande av delprestation innefattar ett anbud om ingående av ett nytt avtal avseende denna prestation.[5]

I skandinavisk rätt är denna uppfattning sedan länge övergiven. Partiell hävning är tillåten, även då det är uppenbart att man ur gäldenärens beteende icke kan utläsa någon villighet att ingå ett särskilt avtal rörande den fullgjorda delen av prestationsskyldigheten. Köparen kan vid fel i en del av godset häva beträffande den felaktiga delen, oaktat säljaren inte ens avvetat felet, som kan ha uppkommit t ex under transporten till avlämnandeorten. Då man tagit detta steg är det svårt att inse varför man inte kan ta ytterligare ett steg och tillåta partiell hävning, oaktat *allt* godset levererats för sent eller är behäftat med fel.[6] Den kvarstående begränsningen i borgenärens rätt att välja partiell hävning framstår som omotiverad, som en reminiscens från en numera övergiven uppfattning om hävningens rättsgrund. Frågan om borgenären kan begränsa hävningen till viss del av godset har sin största betydelse då borgenären redan mottagit prestationen och inte *kan* återställa den till fullo. Den skall därför behandlas mer utförligt i kapitlet om köparens hävningsrätt då godset inte kan återställas.[7]

b För en modern uppfattning framstår det som mer angeläget att begränsa borgenärens rätt till partiell hävning, då gäldenären kan visa att han skulle lida skada eller olägenhet genom en endast partiell hävning. Det kan emellertid inte anses som alldeles självklart att gäldenären i dessa fall skall kunna motsätta sig partiell hävning och fordra att hävningen skall avse hela den avtalade prestationsskyldigheten enligt avtalet. Köplagens hävningsregler är över huvud borgenärsvänliga. Den

[5] Se ovan s. 17 n. 7. I amerikansk rätt, däremot, gäller numera att köparen, även om allt godset är fördröjt eller felaktigt, kan ta emot "any commercial unit or units" och häva beträffande återstoden, se § 2—601 UCC.

[6] Jfr Lassen, Spec. del § 83 n. 70 b angående rätt att på grund av fel i en del av varan delvis häva köpet: "Forsaavidt man tillægger Kjøberen den omtalte Beføjelse, maa man naturligvis ogsaa tillægge ham *Beføjelse til, naar hele Varen er ukontraktmæssig, att tage en Del af den som kontraktmæssig mod fuld Betaling for denne Del.*"

[7] Se nedan 4 kap. I C 3 a.

omständigheten att hävning medför direkta förluster för gäldenären anses i annat sammanhang ej utgöra hinder för hävning.[8] I den mån frågan uppmärksammats inom skandinavisk doktrin anser man dock, att gäldenären kan fordra att hävningen utvidgas till hela avtalet då han skulle lida förfång genom en endast partiell hävning.[9]

c Borgenären får inte "skumma varan". Han får inte sortera ut och vägra att erlägga betalning för enstaka ruttna apelsiner, stybbiga delar av ett kolparti etc., och behålla återstoden.[1]

Man frågar sig då när borgenärens utsortering av felaktiga delar av ett varuparti utgör en (tillåten) begränsning av hävning till felaktig del av godset och när den utgör en (otillåten) "skumning" av varan. Svaret torde bero på i vilket led av produktions- och distributionskedjan utsortering av felaktiga delar av det varuslag det är fråga om lämpligen bör företas. Den slutliga utsorteringen av t ex felaktiga färskvaror företas bekvämast av konsumenten eller av den som distribuerar varan direkt till konsumenten. Vid andra varuslag kan det vara producenten som har de bästa möjligheterna att företa en motsvarande gallring. Så småningom utbildas handelsbruk och parterna utgår vid avtalet från att den slutliga gallringen skall företas först i ett visst led av produktions- och distributionskedjan och att förekomsten av en viss mängd odugligt gods *över huvud inte skall betraktas som fel i godset.* Köparen kan ju inte vägra att erlägga viss del av den överenskomna köpeskillingen om denna bestämts utifrån förutsättningen att leveransen skulle komma att innehålla viss mängd odugligt gods.

[8] Jfr ovan s. 41 med n. 1.

[9] En förutsättning för att köparen skall få begränsa sin hävningsrätt till viss del av godset är enligt Almén att detta är "i juridisk mening delbart", dvs att värdet av godset i dess helhet icke överstiger värdet av de särskilda delarna, Tillägg till §§ 42 och 43 vid n. 46. Nu kommer det ju an på hur och från vems synpunkt man beräknar värdet. Almén torde främst avse fall där det föreligger ett mer generellt funktionellt samband mellan delarna. Som exempel nämner han ett par silverstakar. I rättsfallet NJA 1920 s. 224 hävde köparen beträffande ett av 4 fat nickel, som ej höll föreskriven nickelhalt. Säljaren var beredd att ta tillbaka hela partiet, däremot inte ett av faten, enligt vad han hävdade, därför att ett sådant delvis fasthållande av köpet skulle vålla honom skada. Denna invändning tycks över huvud, såvitt framgår av domskälen, ej ha tagits upp till övervägande, och köparen ansågs berättigad att häva beträffande det nickelfat som han (eller snarare hans kund) inte ville behålla. Se även U 1951.212. Köparen av ett parti rosenplantor hade rätt att frånsortera de som var av 2 klass, då detta ej kunde antas medföra "uforholdsmæssig skade" för säljaren.

[1] Almén, Tillägg till §§ 42 och 43 vid n. 41—45.

2 kapitlet

Detentionsrätt och temporär avvisningsrätt

I. Allmänt om detentionsrätt och temporär avvisningsrätt

Hävningsrätten upplöst i sina beståndsdelar innebär rätt att definitivt innehålla eller återfå den egna prestationen med åtföljande förlust av rätten till vederlaget. Hävningsrätt har också beskrivits som rätt att påfordra att ingen naturaprestation skall äga rum.[1] Med hävningsrätten nära besläktade är *detentionsrätten,* rätten att *temporärt* — till dess överenskommet vederlag erbjuds — innehålla den egna prestationen, samt *den temporära avvisningsrätten,* rätten att avvisa ej kontraktsenlig prestation, samtidigt som man fasthåller kravet på naturauppfyllelse av avtalet.

1 Termen detentionsrätt har lanserats av Rodhe. Detentionsrätt förekommer i ömsesidigt förpliktande avtal, alltså avtal som ålägger båda parter gäldenärsförpliktelser, och betecknar enligt Rodhe borgenärens rätt att innehålla *en honom tillhörig prestation* i motsats till retentionsrätt, som betyder rätt att innehålla "främmande sak", oftast *gäldenären tillhörig* egendom.[2] Fråga är emellertid om man mot bakgrund av den moderna skandinaviska uppfattningen om äganderätten och äganderättens övergång kan fastställa, vem av kontrahenterna som i ett visst stadium av köpets avveckling "äger" godset. Enligt modern skandinavisk uppfattning betecknar äganderätten skilda sakrättsliga befogenheter, vilka vid ägarbyte ofta successivt övergår på den nya ägaren. Redan vid avtalet inträder visst sakrättsligt skydd, men först vid en senare tid-

I. 1.

[1] Se ovan 1 kap. under I 5.

[2] Rodhe, § 35 vid n. 3. Jfr Almén, som visserligen inte använder termen detentionsrätt men avgränsar denna typ av innehållanderätt enligt samma kriterium, § 14 vid n. 39, § 36 vid n. 48 ff., § 57 vid n. 48—51.

punkt kan den nya ägaren utöva samtliga de befogenheter gentemot olika grupper av tredje män som innefattas i äganderätten.

Trots att definitionen inte ger någon säker ledning, är man enig om vilka fall av innehållanderätt enligt köplagen som skall hänföras till detentionsrätt. Rätten att innehålla godset eller köpeskillingen jämlikt 14—16 §§ är detentionsrätt. Borgenärens rätt att jämlikt 57 § första stycket vid hävning innehålla av gäldenären erlagd prestation till dess han återfår av honom själv utgiven prestation är också detentionsrätt. Säljarens rätt att jämlikt 36 § innehålla godset som säkerhet för vårdkostnader samt köparens rätt att jämlikt 57 § andra stycket innehålla mottaget gods till dess säljaren betalar den ersätting han kan vara pliktig att utge i anledning av köpets hävande, hänförs däremot till retentionsrätt.[3] Skillnaden kan knappast förklaras med utgångspunkt från ägareförhållandet.[4]

Den nyckel som bäst passar i låset tycks vara det *vederlagsförhållande* som vid detentionsrätt, men däremot inte vid retentionsrätt, finns mellan den prestation gäldenären är skyldig att erlägga och den prestation som borgenären innehåller. Om man definierar detentionsrätten som rätt att innehålla vederlaget för ej kontraktsenligt fullgjord prestation, sållar man bort säljarens rätt att jämlikt 36 § innehålla godset till säkerhet för vårdkostnader och köparens rätt att jämlikt 57 § andra stycket innehålla mottaget gods som säkerhet för olika ersättningsanspråk. Godset utgör i dessa fall inte det överenskomna vederlaget för den uteblivna prestationen å motsidan. På annat sätt förhåller det sig när köparen i hävningssituationen innehåller mottaget gods till säkerhet för sitt anspråk på att återbekomma köpeskillingen. Om man inte godtar konstruktionen med hävningsförklaringen som ett mellanlig-

[3] Se hänvisningar till Almén i föregående not, Rodhe, § 35 vid n. 4 ff. och n. 61, Bramsjö, s. 374 ff. Undén, Sakrätt I s. 241 f., betecknar innehållanderätt enligt 36 § och 57 § 2 st. KöpL som retentionsrätt, men tar endast upp svårigheten att dra upp gränsen mot panträtt.

[4] Rodhe medger att definitionen här inte alltid gör tjänst, se § 35 vid n. 4. — Alméns försök att förklara skillnaden utifrån äganderättsförhållandet ger i några fall intryck av efterhandskonstruktioner för att få definitionen att stämma: Att säljarens rätt att innehålla godset enligt 36 § KöpL är en jus in re aliena visar sig däri, att någon hävningsrätt inte inträder. "Köparens underlåtenhet att betala vårdnadskostnader medför *nämligen* (min understrykning) lika litet som underlåtenheten att avhämta eller mottaga godset någon hävningsrätt för säljaren . . ." (§ 36 vid n. 51). Köparens rätt att jämlikt 57 § 2 st. innehålla godset är däremot ej någon rätt att innehålla annan tillhörig egendom, eftersom köpare som häver och avvisar mottaget gods endast villkorligt uppger sin äganderätt, (§ 57 vid n. 50 f.).

gande led som upplöser avtalet,[5] måste det genom avtalet etablerade vederlagsförhållandet mellan prestationerna anses bestå till dess mellanhavandet avvecklats. I denna situation innehåller köparen alltså vederlaget för den uteblivna prestationen på motsidan.

Innan förfallotiden inträtt kan prestation icke utkrävas. I detta läge talar man emellertid inte om detentionsrätt. Gränsen mellan de fall, där innehållandet stöds på regeln att prestation ej kan utkrävas före förfallotiden, och de fall, där innehållandet utgör detentionsrätt, är emellertid i vissa situationer flytande. Om förfallotiden inte är på förhand bestämd, skall köpet fullgöras vid anfordran. För att få avsedd effekt måste en sådan anfordran åtföljas av erbjudande eller erläggande av den egna prestationen. Om så icke sker är den som mottagit anfordran icke skyldig att prestera. Frågan om han härvid stöder sig på regeln att prestation ej kan utkrävas före förfallodagen eller om han utövar detentionsrätt är inte så lätt att besvara. Den är emellertid utan praktisk betydelse för de problem som behandlas i denna framställning.[6]

Det kan ifrågasättas om detentionsrätten över huvud bör uppfattas som någonting positivt, och om det inte är riktigare att anse, att det i ömsesidigt förpliktande avtal inte existerar någon skyldighet att prestera utom mot erhållande av vederlaget.[7] I kontinental europeisk rätt anser man emellertid numera att parternas förpliktelser består oberoende av varann, men att var och en av parterna, när han blir krävd, kan åberopa att motprestationen inte erlagts eller erbjudits och därigenom tills vidare uppskjuta infriandet av förpliktelsen.[8]

Den av kontrahenterna som förbundit sig att prestera i förskott kan självfallet inte åberopa 14—16 §§, innan också motprestationen är förfallen. Dock kan kreditsäljaren, om köparen efter avtalsslutet blivit insolvent, med stöd av 39 § innehålla godset, oaktat något dröjsmål (ännu) inte inträffat å motsidan. När ett sådant dröjsmål väl inträffat, d v s när förfallotiden för köpeskillingens erläggande inträtt, kan säljaren övergå till att åberopa 14—16 §§ till stöd för sin innehållanderätt.

[5] Jfr ovan s. 1 f.

[6] Jfr Rodhe, § 35 vid n. 72.

[7] Jfr ovan 1 kap. II B 1 om hävning som den avtalade rättsföljden.

[8] Se Enneccerus-Lehmann, § 32 III 2. Jfr dock Larenz' kritik av den härskande läran i Tyskland, Larenz I, § 18 I. Enligt L. existerar det inte något anspråk "auf Leistung schlechthin", utan endast "auf Leistung "Zug um Zug" gegen Empfang der Gegenleistung". Att denna *ursprungliga* begränsning i prestationsskyldigheten konstruerats som en invändningsrätt skulle endast bero på processtekniska överväganden. Jfr också Stangs spontana uppfattning i TfR 1942 s. 20. Om uppfattningen i engelsk rätt, se nedan under 2.

Säljarens innehållanderätt enligt 39 § brukar uppfattas som en påföljd sui generis och ej som detentionsrätt, trots att den ju innebär rätt att innehålla vederlaget för ej fullgjord prestation. Emellertid är innehållanderätten enligt 39 § ej föranledd av icke-uppfyllelse på motsidan, utan tillåts, oaktat det endast föreligger *risk* för sådan icke-uppfyllelse. Detta medför skillnader i rättsföljdshänseende, som motiverar att innehållanderätten enligt 39 § ej sammanförs med rätten att vid ett redan inträffat kontraktsbrott innehålla vederlaget.[9]

2 Detentionsrätt, så avgränsad och definierad, svarar tämligen exakt mot Einrede des nicht erfüllten Vertrages i tysk rätt. Denna befogenhet avser just rätt att innehålla *vederlaget* för ej erlagd prestation. BGB § 320 är en specialregel för "gegenseitige Vertrage", och det utmärkande för detta begrepp är vederlagsförhållandet mellan de prestationer som skall utges å ömse sidor.[1] BGB § 320 är tillämplig främst i de situationer som avses med 14—16 §§ KöpL men också — på grund av särskild hänvisning i BGB § 348 — i de situationer som avses i 57 § första stycket KöpL.[2] Övriga fall av innehållanderätt i köprättsliga förhållanden har ej karaktären av Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

Code civil innehåller spridda (huvudsakligen köprättsliga) stadganden, som ger part rätt att innehålla sin prestation till dess motparten presterar, för köpets vidkommande art. 1612 (säljarens rätt att innehålla godset, när köparen inte betalar köpeskillingen), art. 1613 (kreditsäljarens rätt att innehålla godset vid köparens insolvens), art. 1653 (köparens rätt att innehålla köpeskillingen, när han riskerar vindikationsanspråk från tredje man) samt art. 1673 (säljare, som på grund av förbehåll vill återta godset, måste återbetala köpeskillingen och vissa kostnader).

Däremot finner man i Code civil inte någon motsvarighet till BGB § 320, alltså en mer generell regel som ger var och en av kontrahenterna i ett ömsesidigt förpliktande avtal rätt att innehålla den egna prestationen till dess motprestation erläggs, "exceptio non adimpleti contractus". Principen har dock — huvudsakligen via tysk rätt —

[9] Se nedan under 4 om gäldenärens möjlighet att avvärja innehållanderätt genom att ställa säkerhet för prestationens riktiga fullgörande. Om karaktären av säljarens befogenheter enligt 39 §, se vidare nedan 3 kap. IV A 3 d.
I. 2.

[1] Om begreppet gegenseitige Vertrage, se t ex Larenz I, § 18 I.

[2] Man har alltså här inte dragit ut konsekvensen av uppfattningen att hävningsförklaringen upplöser avtalet och därmed också vederlagsförhållandet mellan prestationerna, jfr nedan s. 315 med n. 2.

trängt in i fransk rätt.[3] Modern doktrin anser den generellt giltig och uppfattar de spridda köprättsliga reglerna om innehållanderätt som uttryck för denna huvudprincip.

Principen har dock fått en i icke oväsentliga hänseenden avvikande utformning jämfört med i tysk rätt. "Droit d'exception" är ett mer omfattande begrepp än Einrede des nicht erfüllten Vertrages, Droit d'exception förutsätter inte något vederlagsförhållande mellan prestationerna. All innehållanderätt som motiveras med att det finns *ett i parternas avtal grundat samband* mellan objektet för innehållandet och den prestation gäldenären skall utge uppfattas som tillämpning av droit d'exception. Till "droit de retention" räknas endast fall där innehållanderätten motiveras av *ett objektivt samband* mellan det innehållna objektet och fordringen (debitum cum re junctum), som när kostnader nedlagts på den innehållna saken eller denna medfört skada på borgenärens egendom.[4] Till droit d'exception räknas även kreditsäljarens innehållanderätt vid köparens insolvens. I begreppet ligger alltså inte heller att innehållanderätten skall vara föranledd av ett redan inträffat kontraktsbrott.[5]

I engelsk rätt talas visserligen ibland om right to withhold delivery och dylikt men enligt engelskt synsätt är detentionsrätten någonting i huvudsak negativt. Att motprestation erbjuds uppfattas som en förutsättning för att någon prestationsskyldighet över huvud skall uppkomma.[6] Det centrala stadgandet är SGA Sect. 28 om leverans av godset och betalning av köpeskillingen som "concurrent conditions".

I en viss situation blir dock innehållanderätten någonting positivt.

[3] Se Planiol et Ripert VI (Esmein), nr 440, Ripert et Boulanger, nr 497 och Colin et Capitant, nr 142 f. Den stora franska monografin på området är Cassin, De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques. Thése. Paris 1914.

[4] Doktrinens uppfattning är här i stort sett enhällig. Av de ledande obligationsrättsliga framställningarna är Planiol et Ripert mest utförlig i ämnet, se Planiol et Ripert VI (Esmein), nr 444 ff.

[5] Se Planiol et Ripert X (Hamel), nr 155; art. 1613 uppfattas som en ren tillämpning av principen om exceptio non adimpleti contractus. Däremot vill Hamel inte utan vidare uppfatta art. 1653 som en tillämpning av denna princip, se nr 148 f.: I den utsträckning innehållanderätten enligt art. 1653 beror på att säljaren inte fullgjort sina förpliktelser i något hänseende, han har t ex inte överfört äganderätten, är den visserligen en tillämpning av nämnda princip. Köparen kan emellertid enligt art. 1653 innehålla köpeskillingen redan när han har skäl att tro att han kommer att utsättas för vindikationsanspråk. I den utsträckning innehållande får ske av denna grund är art. 1653 en ren skälighetsregel. — Man tycker att Hamel borde kunna driva samma argumentation i de fall som avses med art. 1613.

[6] Jfr ovan under 1 vid n. 6 ff.

I engelsk rätt övergår "äganderätten" till bestämt gods på köparen redan vid avtalsslutet. Säljaren kan dock även i denna situation innehålla godset till dess betalning erbjuds. Här uppfattas innehållanderätten som någonting positivt, som en rätt att innehålla annan tillhörig egendom, och benämns "lien".[7]

Kontrahenternas rättigheter enligt Sect. 28 och "unpaid seller's lien" avser rätt att innehålla *vederlaget* för ej erbjuden prestation. Om gäldenärens kontraktsbrott ej avser skyldigheten att leverera kontraktsenligt gods eller betalning av köpeskillingen, utan t ex ersättningsskyldighet, kan borgenären ej åberopa dessa regler.[8]

3 Detentionsrätten har en dubbel funktion, för det första att förmå gäldenären till riktig uppfyllelse, *påtryckningsfunktionen,* för det andra att — om riktig uppfyllelse likväl inte kommer till stånd — säkra borgenärens möjligheter att hålla sig skadeslös, *säkerhetsfunktionen.*

Med detentionsrättens påtryckningsfunktion avses att gäldenärens önskan om att kunna disponera över vederlaget utgör ett incitament för honom att själv prestera. Anledningen till att köp kommit till stånd är i regel att båda parter anser sig ha fördel av det överenskomna utbytet av prestationer. Om värdeförhållandet mellan prestationerna, sett ur kontrahenternas synpunkt, inte förändrats vid den tidpunkt då avtalet skall fullgöras, bör detentionsrätten vara tillräcklig för att motivera kontrahenterna att erlägga sina prestationer. Ännu starkare blir trycket på gäldenären, om denne redan erlagt delprestation och borgenären innehåller hela sin prestation i avvaktan på att återstoden erläggs.

Detentionsrätten leder inte alltid till det i första hand åsyftade resultatet, riktig uppfyllelse från gäldenärens sida. Rättsförhållandet skall då avvecklas på ett sådant sätt att borgenären hålls skadeslös. Här finner man ett betydelsefullt samband mellan detentionsrätt och hävningsrätt. Om borgenären i anledning av gäldenärens icke-uppfyllelse har detentionsrätt, inträder också förr eller senare rätt att definitivt behålla och fritt disponera över den innehållna prestationen, d v s hävningsrätt eller rätt att jämlikt 57 § första stycket inhibera hävning, en påföljd som praktiskt taget sammanfallet med hävning. Omvänt gäller

[7] Se SGA Sect. 39, Atiyah, s. 158 ff.

[8] Detta framgår redan av lagtexten, se Sect. 28, Sect 39 (1) a och Sect. 41 (1). Atiyah, s. 165, anser dock att gällande rätt inte lägger något hinder i vägen för att tillerkänna säljaren "lien" till säkerhet för vårdkostnader, orsakade av köparens vägran att ta emot godset.

att om icke-uppfyllelsen *ej* ger borgenären detentionsrätt, inträder inte heller någon hävningsrätt. *Retentionsrätt* enligt köplagen utmynnar nämligen inte i hävningsrätt, utan endast i rätt att för gäldenärens räkning sälja det innehållna godset på offentlig auktion och ur den influtna köpeskillingen utta fordringen.[1]

För säljaren har detentionsrätten en avgörande betydelse ur säkerhetssynpunkt. Om säljaren inte vill häva omedelbart på grund av ett inträffat dröjsmål med betalningen, måste han innehålla godset för att bevara sin hävningsrätt för det fall att köparen inte heller senare erlägger betalning. Enligt 28 § andra stycket KöpL kan säljaren nämligen inte häva sedan godset kommit i köparens besittning, såvida han inte gjort förbehåll härom eller köparen avvisat godset, utan är hänvisad till att på samma villkor som andra borgenärer söka få ut sin fordran.[2] Även för köparen är detentionsrätten av väsentlig betydelse. Denne bevarar visserligen sin hävningsrätt, oaktat han erlägger köpeskillingen, men hävningspåföljden fungerar smidigare och säkrare, om han innehållit denna. Om han redan erlagt köpeskillingen måste han föra process mot en ovillig medkontrahent, blir eventuellt hänvisad till obekväma exekutionsformer och riskerar att göra en ekonomisk förlust om motparten är insolvent. Det är detta samband mellan detentionsrätt och hävning som jag kallar detentionsrättens säkerhetsfunktion. Med detentionsrättens säkerhetsfunktion avses alltså, att *borgenären genom att innehålla den egna prestationen bevarar sin hävningsrätt eller säkrar ett smidigt genomförande av hävningspåföljden.*

Inte bara detentionsrätten utan så gott som alla former av innehållanderätt har en säkerhetsfunktion, d v s innehavet av den innehållna prestationen möjliggör eller underlättar utövandet av viss påföljd eller exekutionsform, om gäldenären inte betalar frivilligt. Retentionsrätt enligt köplagen ger borgenären möjlighet att skaffa sig betalt för sin fordring genom att för gäldenärens räkning sälja det innehållna godset på offentlig auktion och ur den influtna köpeskillingen utta fordringen, en påföljdskombination som ligger den konventionella panträtten nära. Eljest brukar retentionsrätt icke vara förbunden med någon försäljningsbefogenhet, men retentionsrätten underlättar och säkrar dock

I. 3.

[1] När säljaren jämlikt 36 § innehåller godset till säkerhet för vårdkostnader, anses det dröjsmål som härigenom uppkommer bero av köparen, och i anledning av detta dröjsmål med godsets mottagande kan säljaren jämlikt 33 och 34 §§ försälja godset på offentlig auktion, se Almén, § 33 vid n. 33b f. Motsvarande gäller köparens retentionsrätt enligt 57 § 2 st., se 55 §, som hänvisar till 34 §.

[2] Om 28 § och dess funktion, se också ovan 1 kap. under II C 4.

genomförandet av en annan exekutionsform, nämligen utmätning.[3] Utmärkande för *detentionsrättens* säkerhetsfunktion är att den är relaterad till hävningspåföljden.

Att innehållanderätten säkrar eller underlättar viss påföljd eller exekutionsform, som innebär en definitiv avveckling av rättsförhållandet, utgör också ett tryck på gäldenären att betala frivilligt. De avvecklingsformer som kommer ifråga — hävning, auktionsförsäljning, utmätning — är i regel oförmånliga för gäldenären. Denna mer indirekta påtryckningsfunktion, den preventiva funktionen, är dock inte speciellt utmärkande för innehållanderätten utan ett genomgående drag i det civilrättsliga påföljdssystemet. När det i fortsättningen talas om detentionsrättens påtryckningsfunktion avses den *direkta* påtryckningsfunktionen, alltså att gäldenärens önskan att få disponera över vederlaget utgör ett motiv för honom att fullgöra den honom åliggande prestationsskyldigheten.[4]

4 Av ordalydelsen i 14 § framgår, att detentionsrätten inte kan avvärjas genom att gäldenären ställer säkerhet. Detsamma gäller detentionsrättens motsvarigheter i utomskandinavisk rätt. Utmärkande för Einrede des nicht erfüllten Vertrages i motsats till annan innehållanderätt (Zurückbehaltungsrecht jämlikt BGB § 273) är, att den inte kan bringas att upphöra genom att gäldenären ställer säkerhet. Droit d'exception omfattar, som ovan påpekats, flera typer av innehållanderätt

[3] Beträffande andra typer av innehållanderätt än detentionsrätt skiljer man ofta inte mellan påtryckningsfunktion och säkerhetsfunktion. Panträtt och retentionsrätt beskrivs i den sakrättsliga litteraturen som säkerhetsrätter, och påtryckningsfunktionen uppfattas icke som någonting från säkerhetsfunktionen fristående utan som ett led i och ibland det väsentliga innehållet i säkerhetsfunktionen, se t ex Undén om retentionsrätten i Sakrätt I s. 238 f. Om man håller isär påtryckningsfunktion och säkerhetsfunktion kommer man fram till att retentionsrätt, som ej är förenad med försäljningsrätt, främst verkar genom sin påtryckningsfunktion och att dess säkerhetsfunktion uteslutande ligger i att den vid utmätning ger borgenären en bättre ställning. Det kan emellertid förhålla sig så att utmätning ej kan äga rum, t ex därför att den retinerade egendomen ej är duglig som utmätningsobjekt eller borgenärens fordran är preskriberad. I dessa fall verkar retentionsrätten enligt den här använda terminologin uteslutande genom sin påtryckningsfunktion. Rodhe betonar påtryckningsfunktionen hos olika typer av innehållanderätt och tycks inte fästa något särskilt avseende vid säkerhetsfunktionen, troligen därför att han så konsekvent håller isär rätten att innehålla och rätten att på det ena eller det andra sättet tillgodogöra sig det innehållnas värde, se Rodhe, §§ 35 och 36. Emellertid kan det, även om man ansluter sig till detta synsätt, finnas anledning att beakta *relationen* mellan olika typer av innehållanderätt och olika sätt att förfoga över den innehållna egendomen.

[4] Jfr ovan 1 kap. under II C 3.

än Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Att innehållanderätten kan avvärjas genom ställande av säkerhet hindrar inte att den hänförs till droit d'exception.[1] I regel kan dock droit d'exception ej avvärjas genom att gäldenären ställer säkerhet. När lagstiftaren medger ställandet av säkerhet finner man speciella skäl härtill, i art. 1613 att säljaren gett kredit och i art. 1653 att innehållande tillåts i en situation där det endast föreligger *risk* för icke-uppfyllelse. Emellertid kan domstolen även i andra fall med stöd av principen om bonne foi medge ställandet av säkerhet.[2] Innehållanderätten enligt SGA Sect. 28 och enligt reglerna om unpaid sellers lien kan inte avvärjas genom ställande av säkerhet.

Retentionsrätten kan däremot enligt lagstadganden i vissa fall avvärjas genom att gäldenären ställer säkerhet. Det anses tveksamt om denna rätt analogivis kan utsträckas till andra fall av retentionsrätt.[3] Säljarens retentionsrätt enligt 36 § KöpL är närmast jämförbar med depositaries retentionsrätt enligt HB 12:8. Om depositarie haft kostnader för godsets vård "då bör ägaren det gälda förrän godset återgives . . .". Depositaries detentionsrätt kan alltså inte avvärjas genom ställande av säkerhet och detsamma anses gälla säljarens retentionsrätt enligt 36 § KöpL.[4] Köparens retentionsrätt enligt 57 § andra stycket KöpL, som ju bl a avser vårdkostnader, upphör däremot när betryggande säkerhet ställs.[5]

Orsaken till att detentionsrätten men ej retentionsrätten alltid kan avvärjas genom ställande av säkerhet torde främst vara den bety-

I. 4.

[1] Fransk doktrin tar medvetet avstånd från det tyska systemet som till exceptio non adimpleti contractus endast hänför sådan innehållanderätt som ej kan avvärjas genom ställande av säkerhet, se t ex Planiol et Ripert VI (Esmein), s. 601 n. 3 och Houin, s. 352, vilken sistnämnde ju emellertid helt vill slopa institutet retentionsrätt.

[2] Planiol et Ripert VI (Esmein), nr 461.

[3] Undén, Sakrätt I s. 253.

[4] Almén, § 36 vid n. 47.

[5] Bakgrunden till denna skillnad skulle enligt Almén, § 57 vid n. 139, vara att man å ena sidan ansett det obehövligt att medge gäldenären rätt att ställa säkerhet för vårdkostnader, som i allmänhet ej uppgår till större belopp, å andra sidan funnit det betänkligt att i 57 § 2 st. skilja mellan olika typer av ersättningsanspråk. Alméns resonemang förefaller inte helt övertygande. Varför skulle gäldenären få ställa säkerhet för stora belopp, men inte för små. Retentionsrätt i godset, utmynnande i rätt att försälja det på auktion, ter sig väl närmast mer betänklig om skulden är obetydlig och påföljden till följd härav kommer att bli onödigt omfattande. Ersättningsanspråk enligt 36 § KöpL kan för övrigt komma att uppgå till avsevärda belopp, åtminstone om man följer Alméns egen rekommendation att utsträcka ersättningsskyldigheten till skador som tillskyndats säljaren genom besittningen, se Almén, § 36 vid n. 35 a ff.

delse man tillägger detentionsrättens påtryckningsfunktion, som ju är inriktad på naturauppfyllelse av avtalet. Om gäldenären fick ställa säkerhet, skulle denna funktion störas och utsikterna till naturauppfyllelse av avtalet minskas. Men också säkerhetsfunktionens närmare innehåll, dess inriktning på hävningspåföljden, motiverar att gäldenären ej tillåts ställa säkerhet. Detentionsrätten skall säkerställa, ej blott att gäldenären får ekonomisk kompensation om riktig uppfyllelse ej kommer till stånd, utan att han får sådan kompensation *genom hävning*. Detta hindras eller försvåras om gäldenären kan få detentionsrätten att upphöra genom att ställa säkerhet.

5 Rätten att avvisa ej kontraktsenlig prestation ingår som ett moment i hävningsrätten och innebär då att borgenären *definitivt* kan motsätta sig naturauppfyllelse av avtalet. Vidare ingår avvisande av erbjuden eller erlagd naturaprestation behäftad med fel som ett led i rätten att kräva gillt gods. Här innebär avvisandet inte att borgenären definitivt tar avstånd från naturauppfyllelse av avtalet, men väl att han definitivt tar avstånd från den erlagda eller erbjudna prestationen. När det i köplagen talas om avvisande, avses främst och möjligen uteslutande ett sådant *definitivt avvisande* av erbjuden eller erlagd naturaprestation.[1]

Emellertid kan både säljare och köpare under vissa förhållanden, *utan att häva eller eljest inhibera motpartens prestation, vägra att motta*[2] *ej kontraktsenlig prestation*. Klart är t ex att en köpare, som erbjuds del av godset, i regel kan inta den ståndpunkten att han, *till dess återstoden erläggs,* vägrar att ta emot det erbjudna godset. En sådan befogenhet kallar jag i fortsättningen *temporär avvisningsrätt* (eller bara avvisningsrätt i sammanhang där det inte finns någon risk för förväxling med annan avvisningsrätt).[3]

Rätten att avvisa oriktig prestation stöds främst på den väletablerade allmänobligationsrättsliga regeln att gäldenären inte får erlägga

I. 5.

[1] Se 28 § 2 st., 43 §, 46 § (synonymt med hävning), 52 § 2 st., 55 och 56 §§, 57 § 2 st.

[2] "Motta" skall här fattas bokstavligt. Den som tar emot erbjuden delprestation men förbehåller sig rätt att (definitivt) avvisa den om återstoden inte skulle komma att erläggas, avvisar inte prestationen, ens temporärt. Temporärt avvisande av prestation skall alltså skiljas från mottagande av prestation med tyst eller uttryckligt hävningsförbehåll.

[3] Rodhe har ett särskilt avsnitt om den temporära avvisningsrätten (ehuru han inte använder denna term), se Rodhe, § 40.

sin prestation i delar. Denna regel återfinns i europeiska kodifikationer och var gällande skandinavisk rätt vid köplagens tillkomst.[4]

Regeln härleds ur grundsatsen att gäldenären är skyldig att erlägga just den prestation han utlovat och på det sätt han utlovat.[5] Regelns ändamål skulle således vara *att garantera fullständig och riktig uppfyllelse av avtalet*. Det har också hävdats att regelns rättsgrund skulle vara att borgenären inte har samma nytta av en prestation som erläggs i delar,[6] ett påstående som tydligen ofta inte håller streck, särskilt inte beträffande penningprestationer.

Regeln gäller även ensidigt förpliktande avtal och hör alltså *inte* hemma bland de regler som baseras på vederlagsförhållandet i ett ömsesidigt förpliktande avtal. Emellertid har regeln, *tillämpad* i ömsesidigt förpliktande avtal ett nära funktionellt samband med regler som bygger på vederlagsförhållandet. Det är därför ändamålsenligt att i ett sammanhang behandla vissa frågor rörande detentionsrättens och den temporära avvisningsrättens innehåll och utformning.

4 Se Rodhe, § 40 vid n. 15 med hänvisningar.

5 Se t ex BGB, Motive s. 33: "Daraus, dass der Schuldner verplichtet ist, gerade dasjenige, was er nach dem betreffenden Schuldverhältnisse schuldet, und zwar vollständig zu leisten, folgt, dass er, auch wenn der Gegenstand der Leistung theilbar ist, nicht berechtigt ist, nur theilweise zu leisten . . .". Se vidare Ripert et Boulanger, nr 1550: Avtalet har inte gett borgenären un droit partiel et fragmenté, mais une créance unique, sur l'exécution totale de laquelle il doit pouvoir compter".

6 Colin et Capitant, nr 482, Enneccerus-Lehmann, § 21 1, Larenz I, § 17 I.

II. Detentionsrättens och avvisningsrättens temporära karaktär; sambandet med rätten att kräva fullgörelse

Gemensamt för detentionsrätten och den temporära avvisningsrätten är befogenheternas *temporära karaktär*. Detentionsrätten innebär rätt att innehålla prestation *till dess* motprestationen erläggs. Temporär avvisningsrätt innebär rätt att avvisa prestation *till dess* den erbjuds i kontraktsenligt skick.

1 Härav följer till en början att detentionsrätt och temporär avvisningsrätt inte föreligger när gäldenärens prestation blir *omöjlig att fullgöra*. Någon påtryckningsfunktion kan det inte vara tal om, när det står klart att gäldenärens prestation inte kan erläggas, och eftersom det inte finns någon anledning att uppskjuta den slutliga avvecklingen av rättsförhållandet, är också detentionsrättens säkerhetsfunktion uttömd.

Detentionsrättens temporära karaktär framgår inte direkt av köplagens text och har inte ägnats någon särskild uppmärksamhet i skandinavisk doktrin, troligen därför att den anses så självklar att den inte behöver kommenteras. Detta är ju riktigt i de rena omöjlighetsfallen, men när man kommer utanför dessa finns det anledning att närmare överväga hur långt detentionsrättens karaktär av påtryckningsmedel begränsar dess tillämplighetsområde.

Särskilt i tysk rätt har man framhävt detentionsrättens temporära ("verzögerliche") karaktär och de begränsningar i möjligheten att utöva rätten som följer härav. Detentionsrätt föreligger inte om gäldenärens prestation blivit omöjlig att fullgöra. Vidare förutsätts att borgenären för sin del är beredd att fullfölja avtalet. Om borgenären *definitivt* vägrar att erlägga sin prestation, kan han inte åberopa § 320.[1]

Också i fransk doktrin framhävs detentionsrättens temporära karaktär och därav följande begränsningar.[2]

II. 1.

[1] Soergel, § 320 Bem. 2 och 9, Enneccerus-Lehmann § 33 II 3 och 5.

[2] Planiol et Ripert VI (Esmein) nr 460: "L'exception, destinée à garantir l'exécution de la créance de l'excipant, n'a plus de raison d'être quand celle-ci est éteinte." Detta påstående håller väl inte alltid streck. Enligt fransk rätt

Avvisningsrätten enligt BGB § 266 är liksom detentionsrätten endast temporär och föreligger alltså inte, när det är omöjligt för gäldenären att erlägga fullständig prestation.[3] Motsvarande får antas gälla den skandinaviska regeln om rätt att avvisa delprestation, ehuru det sällan utsägs direkt. Om rätten att avvisa ofullständig prestation inte är begränsad på detta sätt, kommer den ju att fungera som en *hävningsregel,* och så har den inte uppfattats i skandinavisk rätt. Även beträffande avvisningsrätten måste man emellertid fråga sig *hur långt* dess karaktär av påtryckningsmedel begränsar dess användningsområde. I de rena omöjlighetsfallen existerar ingen rätt till naturafullgörelse. Även i andra fall kan emellertid borgenären sakna rätt att genom fullgörelsetalan framtvinga naturaprestation. Frågan blir då om han i dessa fall inte heller bör tillåtas att med andra metoder söka förmå gäldenären till naturafullgörelse.

Vissa sådana fall ligger de rena omöjlighetsfallen nära, nämligen sådana där värdeförhållandet mellan prestationerna förryckts genom "exorbitanta" prisförändringar eller där naturafullgörelse ter sig orimligt kostsam jämfört med värdet av resultatet.[4] Här bör borgenären inte heller ha detentionsrätt eller avvisningsrätt.

Icke-uppfyllelsen kan också vara *så ringa* och så utan praktisk betydelse att den inte bör medföra några rättsföljder alls. Satsen "Lex non curat minimis" torde äga giltighet även i skandinavisk rätt. Det finns också fall där icke-uppfyllelsen visserligen medför vissa kompensatoriska rättsföljder, t ex prisreduktion, men dock är så obetydlig att krav på fullgörelse ter sig som en chikanös rättsutövning. Här måste man beakta, inte bara icke-uppfyllelsens omfattning och betydelse för borgenären, utan också om kompletterande fullgörelse skulle vara orimligt kostsam och besvärlig för gäldenären.[5] Denna begränsning i rätten att kräva fullgörelse får inte förväxlas med *det väsentlighetskrav som gäller för hävning.* En avvikelse kan vara för liten för att väsentlighetskravet skall vara uppfyllt, men ändock så stor att borgenären har rätt till komplet-

är domstolens medverkan nödvändig vid hävning, föranledd av att gäldenärens prestation blivit delvis omöjlig att fullgöra. Under tiden fram till denna hävning måste borgenären kunna innehålla den egna prestationen. Innehållanderättens påtryckningsfunktion har visserligen bortfallit i och med att gäldenärens prestation blivit omöjlig att fullgöra, men dess säkerhetsfunktion kvarstår. Motsvarande situation uppkommer inte i rättssystem, som inte kräver domstols medverkan vid hävning.

[3] Soergel, § 266 Bem. 3, Titze, Unmöglichkeit der Leistung s. 149.

[4] Karlgren, Kollegium i allmän obligationsrätt s. 34 f.

[5] Almén, § 50 vid n. 48 f.

terande fullgörelse.[6] Detentionsrätt och avvisningsrätt föreligger rimligen inte om icke-uppfyllelsen är så obetydlig att det inte ens föreligger någon rätt till kompletterande fullgörelse. Frågan om detentionsrätten och avvisningsrätten *också* begränsas av hävningsreglernas krav på väsentlighet skall behandlas nedan under IV.

2 Av särskilt intresse för detentionsrätten och den temporära avvisningsrätten är de regler om fullgörelse som gäller vid faktiskt fel i godset. Fullgörelse vid faktiskt fel i bestämt gods kan endast ske i den formen att säljaren avhjälper felet. Leveransavtalet erbjuder också en annan form för fullgörelse, nämligen leverans av gillt gods.

a Enligt 42 § KöpL kan köparen vid faktiskt fel i *bestämt gods* fordra prisnedsättning och, om felet icke är ringa, häva köpet. Vidare kan han vara berättigad till skadestånd. Någon rätt till fullgörelse omtalas däremot inte. I 49 § ges *säljaren* en — tämligen begränsad — *rätt* att avhjälpa fel, men inte heller i detta sammanhang omtalas någon *skyldighet* härtill. Det anses att köplagens regler *uttömmande* reglerar köparens reaktionsmöjligheter i anledning av fel i godset. Köparen skulle alltså icke ha rätt att fordra att säljaren avhjälper felet.[1]

Denna regel överensstämmer med kontinental rätt och har sitt ursprung i den romerskrättsliga uppfattningen om fel i bestämt gods. Enligt denna uppfattning går säljarens huvudförpliktelse vid köp av bestämt gods ut på leverans av godset *i det skick detta befann sig* vid tiden för köpslutet. Följaktligen kan det, när säljaren avlämnat godset, ehuru behäftat med fel, inte existera någon rätt till kompletterande fullgörelse, d v s rätt att fordra felets avhjälpande. Köparen kan över huvud inte åberopa regler om icke-uppfyllelse utan är hänvisad till särskilda felpåföljder, som inte innefattar några motsvarigheter till detentionsrätten och den temporära avvisningsrätten vid icke-fullgörelse.[2]

Att säljarens förpliktelse vid köp av bestämt gods är begränsad till leverans av godset i det skick det befann sig vid köpslutet är inte någon förklaring till regeln att säljaren inte är skyldig att avhjälpa fel, utan bara en dogmatisk omskrivning av regeln.[3] Till stöd för regeln har också åberopats vissa ändamålsöverväganden. Säljaren skulle ofta inte ha prak-

[6] Jfr 50 § KöpL. Köparen kan kräva det felande ut, "evad bristen är större eller mindre".

II. 2a.

[1] Almén, § 49 vid n. 45a—49, Hellner, Köprätt 16.6, Ussing, Køb § 15 I A 1 b.

[2] Att Einrede des nicht erfüllten Vertrages ej får användas vid Sachmangel påpekas uttryckligen, se Larenz I, § 37 II e, Enneccerus-Lehmann, § 112 I 1.

[3] Jfr ovan 1 kap. II A om teoriernas inflytande på reglernas utformning.

tiska möjligheter att själv avhjälpa felet, och köparen kan genom andra rättsmedel, främst skadestånd, som tillåter honom att på säljarens bekostnad låta avhjälpa felet, hållas skadeslös.[4] Det är emellertid tvivelaktigt om dessa ändamålsöverväganden kan bära upp regeln över hela dess tillämpningsområde.[5] Särskilt mot bakgrund av att säljarsidan inom formulärrätten i vid utsträckning ersatt köplagens påföljder med en *garanti,* innebärande just rätt och plikt för säljaren att avhjälpa fel, framstår argumenten som otidsenliga.[6]

Enligt köplagen är säljaren emellertid inte skyldig att avhjälpa fel, och härav har man dragit den slutsatsen att köparen inte heller har detentionsrätt och temporär avvisningsrätt utan att hans reaktionsmöjligheter är begränsade till att antingen ta emot godset som det är eller häva köpet. Till stöd brukar man åberopa NJA 1924 s. 346.[7] Detta avgörande ger emellertid enligt min uppfattning en mer nyanserad bild av köparens reaktionsmöjligheter.

Köpet gällde ett ångfartyg, som enligt kontraktet skulle vara fritt från varje klausulbestämmelse och ej "svartlistat". Fartyget var emellertid inte "klausulfritt". Köparen hävde inte, men var inte heller beredd att ta emot fartyget mot betalning av en mot "felet" svarande reducerad köpeskilling, utan fordrade i stället att fartyget skulle avlämnas klausulfritt. Han innehöll alltså köpeskillingen och avvisade temporärt godset. *Säljaren* förklarade sig då häva köpet under åberopande av bristande likvid och sålde fartyget, fortfarande behäftat med "felet", för ett pris som med 250 000 kr översteg det med den förste köparen avtalade priset. Den förste köparen stämde och fordrade skadestånd avseende, *dels* skillnaden mellan det med säljaren avtalade priset och ett pris, 550 000 kronor högre än köpeskillingen, som han skulle ha erhållit vid en planerad försäljning, *dels* utebliven förtjänst på fartygsfrakt under tiden fram till den planerade försäljningen.

HD uppfattade kontraktsbrottet som ett fel i godset och tillräckligt väsentligt för att motivera hävning. På grund av felet hade köparen hävningsrätt samt rätt till skadestånd på grund av bristande fullgörelse. Köparens ståndpunkt att *varken* häva *eller* förklara sig villig att mot prisnedsättning ta emot godset hade emellertid medfört att *säljaren* bli-

4 Almén, § 49 vid n. 49, Enneccerus-Lehmann, § 108 I.
5 Se Ussings kritik i Alm. del § 9 II och Karlgren i TfR 1938 s. 466.
6 Om garantipåföljden inom formulärrätten, se Jørgensen, Misligholdelse s. 487 f, s. 495 f.
7 Almén, § 49 n. 46 ff., Karlgren, a.st. och Kollegium i allmän obligationsrätt s. 35.

vit berättigad att frånträda köpet, dock med kvarstående skyldighet att betala skadestånd. Skadeståndet borde beräknas som skillnaden mellan köpeskillingen och godsets värde *vid tidpunkten för hävningen* jämte gottgörelse för förlust av fraktinkomster under tiden från den avtalade leveranstiden *fram till köpets "hävande"*.

Säljaren uppfattade själv sin förklaring som ett hävande av köpet, och HD tog inte avstånd från denna uppfattning. Emellertid är det ej i överensstämmelse med köplagens systematik och begreppsbildning att anta, att den part som är skyldig att utge skadestånd för positiva intresset häver köpet.[8] Den som förklarar sig häva köpet påfordrar att de rättsföljder som innefattas i hävningen skall inträda *till förmån för honom*. Effekten av säljarens förklaring blev emellertid att hävningsrättsföljden inträdde *till förmån för köparen*, som tilldömdes skadestånd för positiva intresset. Det förefaller därför riktigare att uppfatta säljarens hävningsförklaring som *ett rättsfaktum, som avskar köparens rätt till fullgörelse, varigenom köpet hävdes till förmån för denne utan någon hävningsförklaring.*

Av särskilt intresse är att köparen tilldömdes skadestånd motsvarande skillnaden mellan köpeskillingen och godsets värde vid den tid då säljaren definitivt motsatte sig köpets fullgörande in natura samt förlorade fraktinkomster intill denna tidpunkt. Domslutet kan svårligen förenas med uppfattningen att köparens innehållande av köpeskillingen samtidigt som han krävde köpets fullgörande var ett otillåtet handlande, t o m av så allvarlig beskaffenhet, att det medförde hävningsrätt för säljaren. Just genom dessa åtgärder bevarade köparen sin rätt till fullgörelse i den betydelsen att han skadeståndsvis ägde tillgodoräkna sig värdestegringen i godset.[9] Det är ofta den aspekten i rätten till naturafullgörelse som är den centrala i köprättsliga sammanhang. Domslutet ger alltså snarare vid handen att köparen *hade* rätt att fordra godsets avlämnande i kontraktsenligt skick och en därmed förbunden detentionsrätt och temporär avvisningsrätt, men att dessa rättigheter *upphör-*

[8] Karlgren, Kollegium i allmän obligationsrätt s. 40 vid n. 3. Ussing, Alm. del § 11 III A, Bengtsson, § 1 vid n. 38.

[9] En sådan rätt att kräva fullgörelse kan mycket väl existera fristående från rätten att medelst exekutivt tvång framtvinga naturafullgörelse. I IntKöpL har part rätt att utanför process påfordra fullgörelse av avtalet (med verkan bl a för skadeståndsberäkningen), medan man beträffande rätten att på domstolsstadiet kräva fullgörelse inte lyckats uppnå någon enhetlig reglering, se Hellner, P.M. s. 19 f. Rodhe räknar borgenärens rätt att vid fasthållande av avtalet skadeståndsvis få tillgodoräkna sig värdestegring som en särskild form för rätt att fordra fullgörelse, Rodhe, § 32 A. R. antar emellertid att köparen vid fel i bestämt gods ej heller kan fordra fullgörelse i denna form, § 46 vid n. 20.

de, när säljaren bestämt motsatte sig köpets fullgörande in natura. Om HD ansett att köparen vid faktiskt fel i bestämt gods inte får innehålla köpeskillingen och temporärt avvisa den felaktiga prestationen i avvaktan på riktig fullgörelse, borde domslutet ha blivit ett annat. I andra situationer, där den för kontraktsbrott utsatte *haft* hävningsrätt men icke detentionsrätt, men icke *utövat* sin hävningsrätt utan i stället innehållit den egna prestationen i avvaktan på riktig fullgörelse, har HD låtit detta medföra förlust av alla anspråk i anledning av medkontrahentens kontraktsbrott och (verklig) hävningsrätt för denne.[1] Hovrätten intog för övrigt denna ståndpunkt i det nu aktuella målet. I vart fall borde köparen inte ha tillerkänts skadestånd beräknat med utgångspunkt från godsets värde, när säljaren definitivt motsatte sig köpets fullgörande in natura, utan hävningens rättsverkningar skulle ha inträtt redan vid den tidpunkt då köparen förklarade att han icke ämnade ta emot godset i dess felaktiga skick. Skadeståndet skulle då ha begränsats till skillnaden mellan köpeskillingen och godsets värde vid denna tidpunkt.[2]

Frågan är hur vittgående slutsatser man kan dra ur detta avgörande. Fel i godset är i allmänhet av den beskaffenheten att det icke upphör utan aktivt ingripande från säljarens eller köparens sida, och reglerna om påföljder i anledning av fel i godset bygger på detta förhållande. I det aktuella målet var det emellertid fråga om ett "fel" som kunde förväntas upphöra så att säga av sig självt, i vart fall utan ingripande från någon av parterna. Detta kan utgöra ett skäl att låta köparen innehålla köpeskillingen samtidigt som han bevarar rätten till fullgörelse. Kontraktsbrottet liknar i själva verket mer ett dröjsmål med avlämnandet än ett "vanligt" faktiskt fel. Det kan jämställas med en force-majeurehändelse, t ex ett utförselförbud, som under en begränsad tid omöjliggör godsets kontraktsenliga avlämnande på köparens ort. Köparens valmöjligheter i denna situation är inte begränsade till att antingen häva köpet eller ta emot och betala för godset hos säljaren. Han kan också under ganska lång tid avvakta hindrets upphörande och då fordra godsets avlämnande på det överenskomna leveransorten.[3] Dissidentens ståndpunkt i det nu behandlade målet förefaller bygga på en analog tillämpning av regler om temporär omöjlighet. Denne ansåg, att köparen, med hänsyn till att felet inom en ej alltför lång tid kunde för-

1 NJA 1920 s. 1, kommenterat nedan under III 2.
2 Så i U 1916.67 H.
3 Om rätt till fullgörelse vid övergående omöjlighet, se NJA 1925 s. 354, Almén, § 21 vid n. 173 ff., Ussing, Alm. del § 9 I C 2 och Køb § 10 II E

väntas upphöra, varit berättigad att på samma gång fordra köpets bestånd samt vägra att erlägga köpeskillingen och motta ångaren så länge berörda villkor inte var uppfyllda. Säljarens åtgärd att häva köpet och sälja godset till annan utgjorde därför ett kontraktsbrott, som medförde skadeståndsskyldighet. HD:s majoritet fastslog emellertid uttryckligen att 42 § KöpL var tillämplig, och i domskälen finns ingenting som tyder på att man på grund av felets ovanliga beskaffenhet tillämpat regler om temporär omöjlighet analogt och *denna väg* kommit fram till domslutet.

Om domen har något prejudikatvärde med avseende på köparens reaktionsmöjligheter vid faktiskt fel i bestämt gods, gäller alltså att köparen *faktiskt har en på visst sätt begränsad rätt att kräva fullgörelse och därmed förbunden detentionsrätt och avvisningsrätt.* Säljaren kan visserligen inte i dom åläggas att avhjälpa felet, men köparen kan i avbidan på rättelse innehålla köpeskillingen och avvisa godset och äger därvid tillgodoräkna sig en under tiden inträffande värdestegring i godset. Säljaren kan dock bringa detta rättighetskomplex att upphöra genom att bestämt motsätta sig felets avhjälpande.

De lege ferenda förefaller denna lösning välgrundad. Ett alltför strikt upprätthållande av grundsatsen att köparen inte är skyldig att avhjälpa fel i bestämt gods leder till ett för båda parter olyckligt resultat. Varför skall man tvinga köparen att häva omedelbart, om denne föredrar att avvakta och se om säljaren kan och vill avhjälpa felet? Säljarens möjlighet att upphäva rättigheterna, helt enkelt genom att motsätta sig deras utövande, utgör en garanti för att hans berättigade intressen av principens upprätthållande tillgodoses. En på detta sätt begränsad detentionsrätt och avvisningsrätt får betydelse främst när säljaren vill avvakta händelseutvecklingen och därför undviker att inta någon bestämd ståndpunkt. Han är inte beredd att åta sig felets avhjälpande men vill inte heller bestämt motsätta sig detta och därigenom utlösa påföljder av fel i godset. Köparen, som kräver godsets avlämnande fritt från fel, har däremot intagit en bestämt ståndpunkt som begränsar hans handlingsmöjligheter. Under viss tid framöver — den tid som kan beräknas åtgå till felets avhjälpande — är han bunden av sitt beslut och kan inte häva på grund av dröjsmål om godset under loppet av denna tid erbjuds fritt från fel.[4] Det är rimligt att köparen som kompensation för denna ensidiga bundenhet får tillgodoräkna sig eventuell värdestegring i godset. Eljest ger man säljaren möjlighet att på köparens bekost-

[4] Om den bundenhet som följer av krav på fullgörelse, se Rodhe, § 38 vid n. 36 ff., NJA 1919 s. 439, 1953 s. 602, 1946 A 276.

nad spekulera i prisförändringar. Detentionsrätten och den temporära avvisningsrätten som påtryckningsmedel är här alltså inte främst inriktade på att frampressa riktig fullgörelse utan ett bestämt ståndspunktstagande.

b Grundsatsen att säljarens fullgörelseskyldighet är begränsad till leverans av godset i det skick det befann sig vid avtalet, är icke tillämplig vid *leveransavtal*. Här går säljarens fullgörelseskyldighet ut på leverans av gods av det slag och med de egenskaper som utlovats. I de rättssystem som övertagit det av edilerna utbildade särskilda påföljdssystemet vid fel i godset kan köparen visserligen även vid leveransavtal utöva de särskilda felpåföljderna, men han kan också, eftersom frånvaro av fel här ingår som ett moment i uppfyllelseplikten, använda de vanliga påföljderna av icke-uppfyllelse.[5]

Enligt 43 § KöpL kan köparen vid fel i gods som avlämnats till fullgörande av leveransavtal "kräva gillt gods". I rätten att kräva gillt gods ingår ett avvisande av det erbjudna felaktiga godset, och självfallet föreligger då också detentionsrätt.

Att märka är emellertid att *rätten att kräva gillt gods begränsas av ett väsentlighetskrav*. Om felet är ringa kan köparen jämlikt 43 § normalt varken häva eller fordra gillt gods, utan är hänvisad till mer begränsade påföljder.[6]

Vid andra typer av kontraktsbrott är *rätten till fullgörelse* inte begränsad av något väsentlighetskrav, i vart fall ej av ett väsentlighetskrav med samma innehåll som vid hävning. Köplagens regler om fel i godset är tillämpliga även vid brist i godset men i 50 § påpekas uttryckligen för undvikande av missförstånd att köparen kan kräva fullgörelse av vad som fattas "evad bristen är större eller mindre". Vid kvantitetsavvikelser och andra typer av kontraktsbrott utom fel kan borgenären fordra fullständig uppfyllelse, även om vad som återstår att erlägga eller utföra utgör en så obetydlig del av gäldenärens förpliktelse att avvikelsen ej utgör ett väsentligt kontraktsbrott, förutsatt dock att fullgörelse är praktiskt och ekonomiskt möjlig och att krav på fullgörelse ej ter sig som ren chikan.[7] Vid dessa typer av kontraktsbrott sker rättelse genom *komplettering* av den ofullständiga prestationen. Bakgrunden till att rätten att kräva gillt gods begränsas av ett väsentlighetskrav måste vara att denna form för rättelse är förbunden med samma olägenheter

5 Planiol et Ripert X (Hamel), nr 126, Enneccerus-Lehman, § 113.
6 Om undantag från denna regel, se nedan s. 115 f.
7 Se ovan s. 91.

för gäldenären som en hävning av köpet. Om köparen fordrar att köpet skall hävas, oaktat ett inträffat kontraktsbrott icke är tillräckligt väsenligt för att motivera hävning, gör han sig själv skyldig till ett kontraktsbrott som berättigar säljaren att häva avtalet. På samma sätt behandlas den köpare som kräver gillt gods och innehåller köpeskillingen, oaktat erbjudet gods är behäftat med endast ringa fel. Här föreligger alltså ingen detentionsrätt eller avvisningsrätt.

Om relationen mellan detentionsrätt och temporär avvisningsrätt å ena sidan och rätt till fullgörelse å andra sidan gäller alltså som huvudprincip, att om borgenären *inte* har rätt till fullgörelse, har han inte heller detentionsrätt eller temporär avvisningsrätt. Därmed är inte sagt att rätt till kompletterande fullgörelse alltid åtföljs av rätt att innehålla *hela* den egna prestationen och rätt att temporärt avvisa den ofullständiga prestationen. Hur det förhåller sig härmed skall undersökas i det följande.

III. Detentionsrättens och den temporära avvisningsrättens omfattning; sambandet med hävningsrätten

1 Beträffande detentionsrätten uppkommer liksom vid hävning fråga om rättens tillåtlighet och omfattning, då gäldenären erbjuder en prestation som i något hänseende ej är i överensstämmelse med avtalet, samt vidare fråga om vilken grad av konnexitet mellan gäldenärens förpliktelse och objektet för innehållandet som erfordras.[1] 14—16 §§ ger ingen som helst ledning i dessa frågor. Emellertid kan man med utgångspunkt från detentionsrättens relation till hävningsrätten, dess *säkerhetsfunktion,* dra vissa slutsatser angående detentionsrättens innehåll i dessa hänseenden.

Borgenären kan som regel avvisa ofullständig prestation. Har han en sådan avvisningsrätt och har han också gjort bruk av den, är det självklart att han icke skall behöva erlägga någon del av sin prestation. Såtillvida finns det en bestämd relation mellan rätt att avvisa ofullständig prestation och detentionsrätt.

Att borgenären tagit emot delprestation eller ofullständig prestation behöver emellertid inte medföra skyldighet att betala för den. *Om och i den utsträckning borgenären bevarar sin hävningsrätt även beträffande den mottagna delen av gäldenärens prestation för det fall att återstoden icke erläggs,*[2] *bör han ha en motsvarande detentionsrätt.* För att tillfredsställande kunna fylla sin säkerhetsfunktion måste detentionsrätten liksom andra typer av innehållanderätt vara lika omfattande som den påföljd, innebärande rättsförhållandets definitiva avveckling, som inträder om gäldenärens dröjsmål med erbjudande av kontraktsenlig prestation fortfar under längre tid. I de situationer där detentionsrätt förekommer är denna påföljd total eller partiell hävning. Om kontraktsbrottet är tillräckligt omfattande för att motivera totalhävning, bör också detentionsrätt föreligga och avse *hela* borgenärens prestation. Om hävningsrätten inte tillåts i denna utsträckning, kan den inte

1 Se nedan under 2 om detentionsrätten vid successiv leverans.

2 Frågan om på vilket sätt mottagande av delprestation påverkar borgenärens hävningsrätt behandlas i kapitlet om successiv leverans under III A 2 och 3.

fylla sin säkerhetsfunktion, d v s att säkra hävningspåföljdens genomförande utan process. Hävningsrätten är ju ofta mer omfattande än det kontraktsbrott som gett upphov till den. På motsvarande sätt bör det förhålla sig med detentionsrätten.

Inom skandinavisk doktrin är man också av den uppfattningen att detentionsrätten vid delvis uppfyllelse från motsidan omfattar *hela* den egna prestationen, såvida inte förhållandena är sådana att borgenärens handlande måste uppfattas som chikanöst.[3] Detta måste innebära att detentionsrätten är åtminstone lika omfattande som hävningsrätten, men man brukar inte göra några direkta jämförelser. Ussing gör dock en sådan jämförelse. Det kan i vart fall fastslås, säger han, att detentionsrätten är lika omfattande som hävningsrätten. Om part har rätt att häva hela köpet därför att blott en del av prestationen erlagts, så har han också en motsvarande detentionsrätt.[4]

Borgenären kan alltså ha rätt att innehålla en prestation som har ett flera gånger större värde än den prestation gäldenären skall utge. Detta har uppfattats som stötande för rättskänslan[5] och ej erforderligt för att säkerställa borgenären. Vad som skall säkerställas är emellertid inte bara att borgenären får ekonomisk kompensation om icke-uppfyllelsen blir bestående, utan att han erhåller sådan kompensation *genom hävning*. Beträffande andra typer av innehållanderätt torde däremot gälla att retinenten endast får kvarhålla så mycket av gäldenärens egendom som svarar mot hans fordran.[6] Förklaringen till denna skillnad mellan detentionsrätt och retentionsrätt är väl att retentionsrättens säkerhetsfunktion är inriktad på påföljder eller exekutionsformer, vilkas omfattning är begränsade i anslutning till gäldenärens icke-uppfyllelse (auktionsförsäljning, utmätning), medan detentionsrätten är inriktad på att säkra hävningspåföljden, som ofta är mer omfattande än den icke-uppfyllelse som föranlett den. Om man beaktar sambandet mellan detentionsrätt och hävningsrätt ter sig en annan ordning i högsta grad

[3] Almén, § 14 vid n. 47 ff., Ussing, Køb § 6 V. Rodhe uppehåller sig huvudsakligen vid kravet på konnexitet, men tycks utgå från att detentionsrätten i regel avser hela den egna prestationen, se Rodhe, § 35 C 1, särskilt vid n. 57.

[4] Ussing, a.st. Se även Hasle og Nebelong, s. 106.

[5] Almén, § 14 vid n. 57.

[6] Vissa lagstadganden föreskriver att retinenten endast får kvarhålla så mycket av gäldenärens egendom som svarar mot hans fordran, t ex NyttjL 2:42, 3:66. Undén vill utsträcka denna princip även till andra retentionsrätter, se Sakrätt I s. 248. Almén vill trots lagens tystnad begränsa retentionsrätten enligt 36 § KöpL till vad som erfordras för att säkerställa borgenärens ersättningsanspråk, § 36 vid n. 46a. Motsvarande måste då gälla retentionsrätten enligt 57 § 2 st., desto hellre som denna retentionsrätt kan avvärjas genom ställande av säkerhet.

opraktisk. Köparen skulle då först — om han inte vill eller kan häva omedelbart — vara tvungen att betala för mottagen delprestation. Om leverans av återstoden av godset sedan icke kommer till stånd, måste han, om säljaren inte frivilligt medverkar, gå till process för att kunna genomföra sin totala hävningsrätt. För säljaren är detentionsrättens utsträckning till hela den egna prestationen ännu mer betydelsefull på grund av regeln i 28 § andra stycket, enligt vilken säljaren inte kan häva beträffande gods som kommit i köparens besittning.

Vad härefter angår invändningen att det skulle vara stötande för rättskänslan att låta borgenären innehålla *hela sin prestation* i avbidan på att gäldenären fullgör *återstoden av sin*, måste beaktas att denna rubbning av ekvivalensförhållandet mellan parternas prestationsskyldighet endast är av temporär karaktär. Förr eller senare avvecklas rättsförhållandet genom hävning eller fullgörelse av avtalet, varvid det tillfälligt rubbade ekvivalensförhållandet återställs. Om borgenären häver är han ju skyldig att återställa mottagen del av gäldenärens prestation, och om gäldenären erlägger återstående del av sin prestation är borgenären skyldig att utge *hela* sin prestation.

Möjligen bör det ifrågasättas om borgenären genom att vidhålla krav på fullgörelse kan fasthålla det för gäldenären oförmånliga rättsläget under mer avsevärd tid. Om gäldenärens prestation blir omöjlig att fullgöra kan borgenären inte motsätta sig en avveckling av rättsförhållandet enligt hävningsreglerna,[7] men möjligen bör gäldenären också kunna framtvinga en sådan avveckling genom en bestämd prestationsvägran.[8]

2 Som huvudregel gäller alltså att detentionsrätten är åtminstone lika omfattande som hävningsrätten. Ett sådant samband mellan detentionsrätt och hävningsrätt anses dock icke föreligga vid successiv leverans.

Reglerna om hävning vid successiv leverans har i korthet följande innehåll:[1] Bestämmelserna bygger på uppfattningen av de olika posterna vid successiv leverans är att betrakta som skilda avtal. En överens-

[7] Se ovan under II om sambandet mellan detentionsrätten och rätten till fullgörelse.

[8] Jfr Herman Lie i SvJT 1932 s. 128. — Köparens detentionsrätt vid fel i bestämt gods upphör också när säljaren bestämt motsätter sig kravet på att godset skall avlämnas fritt från fel, se ovan under II 2 om NJA 1924 s. 346.

III. 2.

[1] Se 3 kap. för en mer utförlig redogörelse. I 3 kap. under II B 3 vidarebehandlas också frågan om detentionsrättens omfattning vid successiv leverans.

kommelse om successiv leverans upphäver eller åtminstone försvagar den konnexitet som eljest föreligger mellan olika delar av prestationsskyldigheten enligt ett och samma avtal, vilket medför att hävningsrätten i princip begränsas till den post som direkt berörs av kontraktsbrottet. Dock utsträcks hävningsrätten till ännu icke förfallna poster om det föreligger risk för ett upprepande eller — ifråga om köparens dröjsmål med betalningen — en sådan risk inte kan uteslutas. *I dessa situationer har den hävningsberättigade emellertid icke en mot hävningsrätten svarande detentionsrätt.*

NJA 1920 s. 1 ger uttryck för den regel som anses gälla. Målet gällde successiv leverans av pitprops. Den första leveransen betalades inte och säljaren innehöll i anledning härav den andra leveransen. Ännu vid målets handläggning i rådhusrätten var säljaren villig att fullgöra denna leverans om betalning erlades för den första leveransen, medan köparen yrkade att få avräkna skadestånd för att säljaren icke fullgjort den andra leveransen. HD:s majoritet fann, att eftersom säljaren inte begagnat sig av sin hävningsrätt, han genom underlåtenhet att leverera det andra partiet ådragit sig skadeståndsskyldighet. Säljaren hade alltså hävningsrätt men icke detentionsrätt beträffande den andra leveransen. En ananlog situation förelåg i ett danskt rättsfall, och även den danska Højesteret ansåg att den hävningsberättigade säljaren i denna situation icke har någon detentionsrätt.[2]

Doktrinen tycks utan vidare ha accepterat utgången i dessa mål. Man stöder utgången på konstruktionen om de olika posterna såsom skilda avtal.[3]

Emellertid kan man inte motivera en rättsregel med en juridisk konstruktion, och att de olika posterna vid successiv leverans skulle vara att betrakta som skilda avtal är ingenting annat än en sådan juridisk hjälpkonstruktion. I bästa fall fungerar konstruktionen som en be-

[2] U 1916.67 H.

[3] Rodhe, § 35 vid n. 56, Almén § 22 vid n. 25 f. och § 29 vid n. 8 f., Ussing, Køb § 12 II B (ej i överensstämmelse med U:s i annat sammanhang uttalade uppfattning av detentionsrätten är åtminstone lika omfattande som hävningsrätten, se ovan s. 100 vid n. 4), Hasle og Nebelong, s. 115. — De nu refererade rättsfallen innehåller också en annan problematik. Om man inte vill tillerkänna säljaren detentionsrätt, kvarstår frågan hur man skall betrakta hans handlande att ändock innehålla godset och samtidigt kräva fullgörelse — som ett kontraktsbrott (HD:s ståndpunkt i NJA 1920 s. 1) eller som ett rättsfaktum som medför samma rättsverkningar som en (berättigad) hävningsförklaring (HøjR:s ståndpunkt i U 1916.67; se även U 1955.957, där säljaren, som uppskjutit leverans av ett parti toluol till följd av köparens underlåtenhet att betala för redan levererad post, ej ansågs skadeståndsskyldig). *Denna* problematik kan jag inte gå in på här.

skrivning av regeln eller de ändamålsskäl som bär upp den.[4] Vad gäller den nu aktuella regeln förefaller det emellertid som om konstruktionen fått spela en självständig roll och lett fram till en icke ändamålsenlig regel.[5]

HD:s ståndpunkt i NJA 1920 s. 1 innebär att den hävningsberättigade säljaren vid successiv leverans har att välja mellan två onda ting. Han kan omgående (i vart fall innan han är skyldig att fullgöra nästa leverans) häva köpet och fordra skadestånd. Om han inte gör det, måste han fortsätta att leverera till en köpare, som på goda grunder kan misstänkas vara oförmögen eller ovillig att betala. Om han verkligen har klart för sig hur begränsade hans valmöjligheter är, väljer han troligen den första utvägen. Det är inte någon idealisk utväg, i synnerhet inte om parterna står i affärsförhållande till varandra. Ur *säljarens* synpunkt är den dock att föredra framför att fortsätta leverera till en köpare, som inte betalt tidigare leveranser. Ur köparens synpunkt är ett omedelbart hävande av köpet en olycklig lösning av konflikten. Jag kan inte se att någon av parterna har någonting att vinna på en lagtillämpning som i denna situation tvingar säljaren att omgående häva köpet i stället för att inta en för båda parter — i vart fall för köparen — mer förmånlig ståndpunkt.[6]

NJA 1920 s. 632 handlar också om innehållanderätt vid successiv leverans, men här var det *köparen* som innehöll betalningen för redan levererade poster som säkerhet för *en eventuellt uppkommande skadeståndsfordran* på grund av icke levererade poster. Vid den överenskomna leveranstiden kunde säljaren erbjuda endast en femtedel av den avtalade mängden virke. Köparen inköpte då från annat håll ett lika stort parti som det som fattades och fick betala ett högre pris. På grund av dröjsmålet var köparen berättigad att häva beträffande de ej leveransklara fyra femtedelarna av godset och till skadestånd för prisskillnad.

[4] Om bakgrunden till konstruktionen om de olika posterna som skilda avtal, se nedan 3 kap. under II A.

[5] Om de juridiska konstruktionernas inflytande på utformningen av rättsreglerna, se ovan 1 kap. under II A.

[6] Det är tydligt att också domstolarna finner resultatet av denna lagtillämpning otillfredsställande. I det nu refererade målet kom RR fram till ett rimligt slut genom att påstå, att säljaren, som ännu vid målets handläggning var villig att fullgöra leverans, måste antas ha hävt köpet. Ett JustR ville fastställa denna dom. I målet NJA 1937 s. 273 antog HD att köparen, vars enda avsikt uppenbarligen var att dra sig ur hela köpet, godtagit uppskov med leveransen. Emellertid skall man inte behöva tillgripa fiktioner för att i särskilt ömmande fall komma till rätta med ett problem, som härrör ur den bristande överensstämmelsen mellan detentionsrätten och hävningsrätten vid successiv leverans.

Så förfor han emellertid inte. Han fortsatte att kräva avtalets fullgörande in natura, *men innehöll samtidigt betalning för den redan levererade delen av godset till säkerhet för det skadeståndsanspråk som skulle uppkomma om naturafullgörelse av återstoden ändock inte kom till stånd. Säljaren* hävde då beträffande ej fullgjorda leveranser och fordrade i målet betalning för verkställda leveranser. Köparen yrkade genstämningsvis skadestånd för utebliven leverans med skillnaden mellan köpeskillingen och det pris han betalat vid täckningsköpet. HD ansåg, att eftersom köparen, när betalning för de levererade partierna skulle erläggas, ännu påfordrat leverans och sålunda icke ägt att "tillika uttaga skadestånd" på grund av den inträffade prisstegringen, var hans underlåtenhet att betala sådant dröjsmål som berättigade säljaren att häva. Köparens skadeståndstalan ogillades således.

Även detta avgörande är i överensstämmelse med uppfattningen i svensk doktrin.[7] Rätt att innehålla köpeskillingen för redan levererat gods skulle enligt Almén strida mot grundsatsen i § 22, enligt vilken dröjsmål med en post är utan inflytande på kontrahenternas rättigheter och skyldigheter med avseende å de övriga.[8]

Situationen i NJA 1920 s. 632 är i väsentliga hänseenden analog med den som förelåg i det ovan behandlade målet NJA 1920 s. 1. I målet NJA 1920 s. 1 hade säljaren hävningsrätt, men föredrog att tills vidare inte utöva den utan innehöll den egna prestationen som påtryckningsmedel och som medel att säkra ett eventuellt framtida utövande av hävningsrätten. Även i det nu aktuella målet använde den för kontraktsbrott utsatte den egna prestationen som påtryckningsmedel och som säkerhet. Det som skulle säkerställas var emellertid inte genomförandet av hävningspåföljden utan *uttagandet av en eventuellt uppkommande skadeståndsfordran genom kvittning.* Med stöd av enbart *hävningsreglerna* kunde köparen inte innehålla betalningen för redan levererade poster. Däremot kunde han med stöd av reglerna om hävning och skadestånd *samt allmänna regler om kvittning* definitivt vägra att

[7] Se Winroth, s. 114 f., Rodhe, § 35 vid n. 56, Almén, § 22 vid n. 25 f.

[8] Se Almén, a.st. De rättsfall Almén hänvisar till kan dock knappast åberopas till stöd för hans uppfattning. I NJA 1919 A 296 ansåg HD :s majoritet inte att det var fråga om successiv leverans utan om skilda köpeavtal. Endast dissidenten, som inte tog ställning i denna fråga, uttalade att köparen saknde rätt att till säkerhet för sitt anspråk på fortsatt leverans innehålla köpeskillingen för redan verkställd leverans. Detta uttalande skall emellertid ses mot bakgrund av dissidentens uppfattning att säljaren vid tidpunkten för köparens betalningsvägran *inte gjort sig skyldig till något kontraktsbrott.* Inte heller i målet U 1917.337 hade något kontraktsbrott hunnit inträffa vid tiden för köparens betalningsvägran — parterna var blott oense om hur mycket som återstod att leverera.

utbetala köpeskillingen. HD tog fasta på att köparen valt att tills vidare inte utöva sin hävningsrätt och att något skadeståndsanspråk således ännu icke uppkommit. Emellertid måste man beakta att det stod i köparens makt att närhelst han önskade häva köpet och fordra skadestånd på grund av säljarens fortsatta dröjsmål, och härigenom förvandla en del av sin fordran på naturauppfyllelse till en skadeståndsfordran. Likheten mellan de båda rättsfallen ligger i att borgenären hade valrätt mellan att kräva fullgörelse i natura och en påföljd eller påföljdskombination, hävning respektive hävning + skadestånd + kvittning, som innebar rätt att definitivt innehålla den egna prestationen. I båda målen valde borgenären i stället att temporärt innehålla den egna prestationen i avbidan på fullgörelse och för att säkra utövandet av den andra påföljden, om fullgörelse ändock inte skulle komma tillstånd. I båda målen ansåg HD ett sådant temporärt innehållande otillåtet. Ovan kritiserades HD:s dom i NJA 1920 s. 1. Samma kritik kan riktas mot domen i NJA 1920 s. 632. Samma skäl som talar för att medge detentionsrätt för att säkra hävningspåföljdens genomförande, om fullgörelse ej kommer till stånd, talar för att också tillåta innehållanderätt för att säkra möjligheten att ta ut skadestånd genom kvittning, om fullgörelse ej kommer till stånd. Om man inte ger köparen en sådan rätt nödgar man honom att häva omedelbart. Om han inte förfar på detta sätt riskerar han nämligen att bli sittande med en skadeståndsfordran hos en motpart, som redan demonstrerat viss opålitlighet.

Almén tycks vara av den uppfattningen att detentionsrätt till säkerhet för köparens skadeståndsanspråk i anledning av icke-uppfyllelse över huvud inte är tänkbar, eftersom här två penningfordringar står emot varann. Köparens ersättningsanspråk skyddas "i stället" genom hans kvittningsrätt.[9] Kvittning innebär emellertid liksom hävning en *definitiv* avveckling av rättsförhållandet och kan således inte ersätta detentionsrätten, som tillåter borgenären att, samtidigt som han tryggar sina anspråk för det fall att icke-uppfyllelsen skulle bli definitiv, *fasthålla kravet på fullgörelse av avtalet*. Genom denna *dubbla* funktion kan detentionsrätten fungera som ett komplement till kvittningsrätten på samma sätt som den fungerar som ett viktigt komplement till hävningsrätten.

Det finns emellertid också vissa skäl som talar emot att ge köparen detentionsrätt till säkerhet för ett eventuellt uppkommande skadeståndsanspråk. Det kan vara svårt att på förhand beräkna vilket belopp säl-

[9] Almén, § 14 vid n. 71 ff.

jaren kan bli skyldig att utge, om köpet hävs. Om man tillåter köparen att innehålla betalningen för redan levererat gods, riskerar man att skapa situationer, där köparens innehållande vid en efterföljande prövning visar sig vara obefogat. I en klar prisstegringssituation, där köparen redan anskaffat gods från annat håll, är väl risken för felbedömningar inte så stor, men om prisläget är osäkert eller köparens anspråk avser andra skador än prisskillnad blir läget ett annat. Motsvarande problem uppkommer inte när säljaren uppskjuter vidare leverans till säkerhet för sitt anspråk på betalning för redan levererad post.[1]

Det finns ett avgörande, som möjligen kan tolkas som att HD övergett sin ståndpunkt i NJA 1920 s. 632, nämligen NJA 1943 s. 689. Huvudfrågan i sistnämnda mål var emellertid enligt rubriken om säljaren kunde häva ett köpeavtal på grund av köparens dröjsmål med betalningen i *ett annat* likartat avtal (denna fråga besvarades jakande), och domstolens ståndpunkt i den här aktuella frågan framgår endast indirekt. Det är därför osäkert om avgörandet har något större prejudikatvärde. Säljaren levererade enligt det första avtalet, men däremot inte enligt det andra under påstående att köparen inte gett någon leveransorder. Köparen, däremot, hävdade att han gett sådan order, och innehöll betalningen för redan levererat gods till säkerhet för sitt anspråk på återstoden. Säljaren hävde då köpet, och köparen hävde sedan i sin tur och fordrade skadestånd för prisskillnad. Hovrätten fann att köparen inte gett någon leveransorder och att säljarens underlåtenhet att leverera återstoden följaktligen inte kunde berättiga köparen att innehålla betalningen för redan levererat gods. I stället gav innehållandet säljaren rätt att häva beträffande icke levererat gods. Domen fastställdes i HD. Domskälens formulering ger närmast vid handen att köparen, om säljarens underlåtenhet att leverera återstoden av godset utgjort ett kontraktsbrott, haft rätt att innehålla betalningen för redan levererat gods. Om man ansett att köparen icke under några förhållanden har rätt att innehålla betalningen för redan levererat gods till säkerhet för sitt anspråk på återstoden, hade man inte behövt ta ställning i den tvistiga frågan om säljarens underlåtenhet att fullgöra den andra leveran-

[1] Jfr Williston, On Sales § 467 e och j, som framhåller det berättigade i att säljaren kan uppskjuta vidare leverans i avvaktan på betalning för redan levererad post, men som ställer sig skeptisk till att ge köparen en motsvarande rätt att innehålla betalning för redan levererad post till säkerhet för skadeståndsanspråk (men samtidigt hänvisar till amerikanska avgöranden, där köparen tillerkänts sådan rätt). — Borgenärens rätt att "suspend performance" vid risk för kontraktsbrott enligt § 2—609 (1) UCC är begränsad till "performance for which he has not already received the the agreed return".

sen utgjorde ett kontraktsbrott från hans sida eller berodde av köparen. Man kunde ha nöjt sig med att konstatera, att, oavsett om säljaren haft rätt att innehålla den andra leveransen, så ägde köparen inte rätt att i anledning härav innehålla betalningen för redan levererat gods.

Om HD numera anser att köparen har rätt att innehålla betalningen för redan levererat gods till säkerhet för sitt anspråk på fortsatt leverans, måste man räkna med att HD också kommer att ompröva sin ståndpunkt vad gäller säljarens rätt att temporärt avbryta vidare leverans vid köparens dröjsmål med betalningen för redan levererade poster, när ett sådant mål kommer upp till bedömning. Dessa båda frågor har ett nära samband med varandra. Visserligen kan man tänka sig att tillåta säljaren att uppskjuta vidare leverans vid köparens underlåtenhet att betala för redan levererad post och samtidigt hävda att köparen inte bör få innehålla köpeskillingen för redan levererad post till säkerhet för en eventuellt uppkommande skadeståndsfordran.[2] Däremot kan man knappast tänka sig att ge köparen den beskrivna befogenheten utan att samtidigt ge säljaren rätt att temporärt inställa leveransen vid ett inträffat betalningsdröjsmål.

Ett danskt rättsfall, U 1931.539, ger vid handen att köparen enligt dansk rätt kan innehålla betalningen för redan levererad post i anledning av dröjsmål med leverans av en senare post. Vid successiv leverans av virke med betalning särskilt för varje post återstod vid leveranstidens utgång att leverera viss kvantitet. Köparen fordrade leverans av återstoden men hotade samtidigt att företa täckningsköp om leverans inte skedde inom viss angiven tid, samt innehöll betalningen för redan levererad post. I anledning av denna betalningsvägran fordrade *säljaren* att köpet skulle hävas till den del det icke hunnit fullgöras. Kort därefter företog köparen täckningsköp till ett pris, som avsevärt översteg priset i det första köpet. Denna prisskillnad ville köparen frånräkna när han i målet krävdes på betalning för redan verkställd leverans. I domen konstaterades, att köparen varit berättigad att fordra leverans av återstoden och att — när leverans icke kom till stånd — företa täckningsköp, samt att säljaren under dessa förhållanden icke kunde häva i anledning av köparens vägran att betala för redan verkställd leverans. Ehuru problemställningen inte direkt artikuleras i domskälen, måste väl avgörandet tolkas så, att köparen hade rätt att temporärt innehålla betalningen för redan levererad post till säkerhet för en *eventuellt* uppkommande skadeståndsfordran för underlåtenhet att le-

[2] Jfr vid och i föregående not.

verera *en annan post*. Ussing uttalar också, med hänvisning till detta rättsfall, att köparen äger rätt att, utöver betalning för vad som ej levererats, innehålla "et rimeligt beløb til daekning af sit erstatningskrav".[3]

3 Även beträffande den temporära avvisningsrätten uppkommer fråga om rättens tillåtlighet och omfattning, då gäldenärens erbjudande avser huvudparten av hans prestationsskyldighet eller en funktionellt fristående del därav. Även beträffande den temporära avvisningsrätten torde det kunna fastslås att den bör vara tillåten *i åtminstone samma utsträckning som hävningsrätten*. Om vad som återstår att erlägga utgör så stor del av gäldenärens prestation att borgenären enligt köplagens regler om dröjsmål och brist har total hävningsrätt, så kan borgenären också temporärt avvisa den ofullständiga prestationen. Så långt framstår avvisningsrätten liksom detentionsrätten som ett instrument att kvarhålla köpet i ett avvecklingsstadium, som möjliggör ett smidigt utövande av hävningspåföljden för det fall att gäldenärens underlåtenhet att erlägga resterande del fortgår under så lång tid att gäldenären måste häva avtalet.

[3] Ussing, Køb § 6 V. Se även U 1936.514 H. Vid successiv leverans av flaggduk var den första posten felaktig. Köparen betalade *ingenting alls* under åberopande av felet, men behöll den felaktiga posten och fordrade leverans av återstoden. Säljaren fordrade då förskottsbetalning för restpartiet, men köparen vägrade, hävde köpet och fordrade i målet skadestånd för icke-uppfyllelse. Säljaren åberopade häremot att de inte kunnat leverera bättre vara och att köparen skulle ha framställt obefogade reklamationer även mot restpartiet, om detta levererats. Domstolen fann att *de av säljaren åberopade grunderna* inte kunde befria honom från leveransskyldighet och utdömde skadestånd. Möjligen skulle domslutet ha blivit ett annat om säljaren direkt åberopat att köparen inte erlagt betalning för redan levererad vara. Ett norskt fall, NRt 1941 s. 478 går i samma riktning, men fallet är oklart och utgången kan ha berott på särskilda omständigheter. Vid successiv leverans av ett parti gummirullar från en tysk säljare var den första posten felaktig. Köparen behöll varan, men betalade inte. Säljaren vägrade då fortsatt leverans och åberopade därvid (bl. a.) att köparen inte erlagt någon betalning för redan levererat gods. Trots detta tillerkändes köparen skadestånd för utebliven leverans. Byretten motiverade domslutet med att köparen i vart fall hade krav på prisnedsättning och skadestånd och att det skulle ha varit svårt att få tillbaka pengarna från den tyske säljaren, om han betalat fullt, och att han därför hade rätt att vänta med betalningen tills det träffats en överenskommelse med säljaren (s. 482). LagmR anförde att säljaren vid leverans i delar inte är fritagen från att leverera återstoden därför att köparen reklamerar över en enstaka försändelse (s. 480), jfr nedan s. n. 215 4.

IV. Den temporära avvisningsrätten och väsentlighetsregeln

Hittills har vi kunnat konstatera följande: Detentionsrätt och temporär avvisningsrätt föreligger i regel inte om borgenären saknar rätt till fullgörelse. Detentionsrätten är — utom vid successiv leverans — *åtminstone* lika omfattande som hävningsrätten, och temporär avvisningsrätt föreligger i *vart fall* om icke-uppfyllelsen ger borgenären total hävningsrätt. Om borgenären har valrätt mellan att kräva fullgörelse och att häva hela avtalet, har han alltså enligt huvudregeln också detentionsrätt och temporär avvisningsrätt.

Fråga är nu om hävningsreglernas innehåll också *begränsar* detentionsrätten och den temporära avvisningsrätten. Köplagens regler om dröjsmål och brist begränsar hävningsrätten, när vad som återstår att erlägga utgör endast en ringa del av godset. Vidare är enligt doktrin och praxis hävningsrätten begränsad enligt förfångsprincipen, när köpet avser olika specieting eller olika varuslag.[1]

Till en början skall jag erinra om ett betydelsefullt samband mellan temporär avvisningsrätt och detentionsrätt. Om borgenären *med rätta* avvisar ofullständig prestation, anses det härav föranledda dröjsmålet med *hela* gäldenärens prestation bero av *denne*. Självfallet kan då också borgenären innehålla *hela* sin prestation. Om borgenären har avvisningsrätt och också gör bruk av den, har han också total detentionsrätt. När vi i det närmast följande avsnitten undersöker under vilka omständigheter borgenären kan avvisa prestation, är det alltså i praktiken fråga om när påföljdskombinationen detentionsrätt + temporär avvisningsrätt är tillåten. En annan fråga — om borgenären kan innehålla hela sin prestation oaktat han mottagit gäldenärens ofullständiga prestation — skall undersökas nedan under 4.

1 Avvisningsrätten i sin traditionella utformning är total, d v s borgenären har rätt att avvisa erbjuden prestation så länge *någon* del fattas. Detta gäller även om gäldenärens prestation är i alla avseenden delbar. Detta påpekas uttryckligen i C.c. art. 1220 och framhävs i kommentarerna till BGB § 266. I tysk rätt begränsas dock avvisningsrätten

IV.

[1] Se ovan 1 kap. IV 6.

av principen om Treu und Glauben. Denna begränsning innebär främst att borgenären inte kan avvisa på grund av en för honom betydelselös kvantitetsavvikelse.[2] Enligt Code civil begränsas avvisningsrätten endast av art. 1244, som ger domstolen möjlighet att i särskilt ömmande fall medge gäldenären rätt att erlägga betalning i delar. I själva lagtexten åläggs domstolen att iaktta stor försiktighet vid utövandet av denna diskretionära rätt.

Skandinavisk rätt har övertagit avvisningsregeln i denna utformning. Man har hävdat att borgenären under inga omständigheter är skyldig att ta emot delprestation, och således inte, såsom vid totalhävning, uppställt något krav på väsentlighet.[3]

2 De skandinaviska författare som formulerat och hävdat regeln om rätt att avvisa ofullständig prestation har emellertid i regel inte närmare utfört hur denna rätt förhåller sig till hävningsrätten. I köplagen är den temporära avvisningsrätten inte ens omnämnd. Köplagens författare har naturligtvis förutsatt att det existerar en sådan temporär avvisningsrätt, men de har inte — i vart fall inte uttryckligen — tagit ställning i frågan hur begränsningar i hävningsrätten påverkar avvisningsrätten.

Om köparen avvisar erbjuden prestation, hindrar han säljaren att fullgöra sin del av avtalet, men om köparen har avvisnings*rätt* anses dröjsmålet med säljarens prestation bero av denne. Om avvisningsrät-

IV. 1.

[2] Enneccerus-Lehmann, § 21 1, Soergel, § 266 Bem. 2. Larenz I, § 17 I, vill emellertid med utgångspunkt från principen om Treu und Glauben ytterligare begränsa avvisningsrätten. Om borgenären inte har något särskilt intresse av att hela prestationen erläggs på en gång, skulle gäldenären vara berättigad att leverera i delposter (med korta mellanrum). Endast om borgenären har intresse av att hela prestationen erläggs på en gång — en rumsinredning, vars delar inte är användbara var och en för sig, eller ett bokverk bestående av flera band, som inte kan säljas vart och ett för sig — skulle han kunna åberopa § 266. L:s tal om "intresse" och de exempel han väljer antyder att han vill skapa överensstämmelse mellan avvisningsrätten och hävningsrätten, jfr om hävningsrätten enligt BGB nedan s. 112.

[3] Schrewelius, Civilrätt II[2] s. 430, Förslag till handelsbalk 1850 3:11, Marks von Würtemberg & Sterzel, Lagen om skuldebrev . . . s. 40. Se även Lassen, Alm. del s. 429, Ussing, Alm. del § 4 V. Dock gäller att avvisning icke får ske när vad som fattas utgör en så obetydlig del av gäldenärens prestationsskyldighet att borgenärens uppträdande måste betraktas som chikanöst. Här är avvisningsrätt ofta utesluten redan av den grunden att borgenären saknar rätt att kräva kompletterande fullgörelse, jfr ovan under II 1. Denna begränsning i avvisningsrätten sammanfaller dock icke med väsentlighetsregeln vid hävning.

ten är total kan köparen således alltid — oavsett om ofullständigheten i säljarens erbjudande är "väsentlig" eller ej — åstadkomma att dröjsmålet och därmed också hävningsrätten kommer att avse allt godset. Härigenom öppnas — som Rodhe uttrycker det — på en bakväg möjlighet för borgenären att häva på grund av oväsentlig oriktighet. Fråga är om detta kan tolereras.

Almén vill upprätthålla den stränga avvisningsregeln så länge den inte kommer i direkt konflikt med köplagens text. Dröjsmål betyder i köplagen att godset inte *avlämnats* i rätt tid. Enligt 21 § andra stycket kan köparen inte häva (hela köpet) då det som är "fördröjt", alltså ej avlämnat, utgör allenast en ringa del av godset. Motsvarande gäller a fortiori vid civilt köp och också vid brist i godset. Detta måste enligt Almén tolkas så att köparen, *när ett avlämnande väl kommit till stånd,* ej heller kan avvisa på grund av partiell mora eller brist avseende en ringa del av godset. Däremot skulle köparen, innan något avlämnande kommit till stånd, kunna avvisa erbjudet ofullständigt gods oavsett hur mycket som fattas.[1] Detta måste innebära att köparen, vid sådana köp där hans medverkan krävs vid avlämnandet, kan undgå den begränsning i hävningsrätten som ligger i väsentlighetskravet genom att utöva sin mer omfattande avvisningsrätt.

Rodhe, däremot, anser att en obegränsad avvisningsrätt svårligen kan förenas med hävningsreglernas krav på väsentlighet, och ställer sig skeptisk till Alméns distinktion. Det var tidigare inte erkänt att hävningsrätten borde begränsas av ett väsentlighetskrav. När den moderna principen om hävningsrättens begränsning slog igenom, borde man på motsvarande sätt ha reviderat avvisningsregeln. Uppfattningen att borgenären alltid — alltså oavsett hur stor del som fattas — kan avvisa delprestation, skulle vara en relikt från den period då man inte erkände att hävningsrätten borde begränsas av ett väsentlighetskrav.[2]

Det är möjligt att det förhåller sig så för svensk rätts vidkommande,[3] men att en total avvisningsrätt ej är oförenlig med en mer be-

IV. 2.

[1] Almén, § 21 vid n. 210 ff. o. § 50 vid n. 51.

[2] Rodhe, § 40, särskilt vid n. 19 f. Instämmande Lejman i SvJT 1957 s. 394.

[3] Detsamma skulle kunna gälla fransk rätt. Hävningsregeln i art. 1184 och reglerna om rätt att avvisa delprestation i art. 1220 och 1244 har samma innehåll med avseende på den betydelse som tillmäts icke-uppfyllelsens omfattning. Något väsentlighetskrav uppställs inte och den strikta principen om total hävningsrätt respektive avvisningsrätt modifieras endast av domstolens möjlighet att ingripa. Så småningom har väsentlighetsregeln trängt igenom med avseende på hävningsrätten (jfr ovan s. 17), men någon motsvarande utveckling tycks inte ha ägt rum beträffande den stränga avvisningsregeln. Den godtas allmänt inom doktri-

gränsad hävningsrätt, utan att man tvärtom härigenom kan uppnå viss önskad och nyttig effekt visar det tyska systemet.

Enligt BGB § 266 kan borgenären alltid avvisa ofullständig prestation, såvida det inte är fråga om en i praktiken betydelselös kvantitetsavvikelse. Denna regel skall jämföras med hävningsrätten, då en del av prestationen är fördröjd. Enligt BGB § 326 första stycket tredje punkten jämfört med § 325 första stycket andra punkten är hävningsrätten vid dröjsmål med en del av gäldenärens prestation begränsad till den fördröjda delen. Endast om borgenären *inte har något intresse* av delvis uppfyllelse omfattar hävningsrätten hela avtalet. Det föreligger alltså en avsevärd skillnad mellan avvisningsrättens och hävningsrättens omfattning. Borgenären kan temporärt avvisa delprestation, även om gäldenärens prestation är i alla avseenden delbar och delvis uppfyllelse skulle vara av intresse för honom, men han kan under sådana förhållanden inte häva beträffande mottagen del av gäldenärens prestation. För tysk rätts vidkommande är det inte fråga om något förbiseende utan om en medveten strävan att uppnå viss effekt. Gäldenären kan inte genom att erbjuda delprestation hindra inträdet av Verzug, och detta Verzug kommer då att omfatta både den erbjudna och den icke erbjudna delen av gäldenärens prestation. Regeln i § 266 kommer härigenom att få en mycket väsentlig betydelse som ett komplement till hävningsregeln vid Verzug. Borgenärens avvisningsrätt ställer regeln om hävningsrättens begränsning till den fördröjda delen i ett helt annat ljus. Dess tillämpning förutsätter att en del av gäldenärens prestation redan erlagts och att borgenären således inte gjort bruk av sin avvisningsrätt (eller att han avtalsvis förbundit sig att ta emot delprestation). Borgenären kan alltså använda avvisningsrätten som ett instrument att förhindra att avvecklingen av köpet övergår i ett stadium, där omfattningen av hans hävningsrätt är mer begränsad. Man kan också uttrycka det så att hävningsrätten är mer omfattande innan gäldenären hunnit fullgöra sin prestation.

Rodhe har naturligtvis rätt i att en total avvisningsrätt sätter väsentlighetsregeln ur spel. Härmed kan man emellertid inte avfärda en regel om total avvisningsrätt. Väsentlighetsregelns upprätthållande är inte lika angeläget i alla situationer.

Ju tidigare hävningspåföljden utövas, desto mindre betungande

nen och det antyds inte att den liksom hävningsrätten skulle vara begränsad av ett väsentlighetskrav. "Rien de plus équitable que ce princip", sägs det hos Colin et Capitant, nr 482, som beträffande hävningsrätten hävdar en gäldenärsvänlig väsentlighetsregel, se a.a. nr 243.

för gäldenären är den, genomsnittligt sett. Han får mer tid på sig att vidta andra dispositioner, han slipper kostnader för återtransport av godset o s v. Särskilt om man i likhet med Almén anser att redan ett *avlämnande* av godset begränsar avvisningsrätten i anslutning till hävningsrätten, kommer väsentlighetsregeln att sättas ur spel endast när hävningsrätten utövas i ett stadium av avvecklingen, då den medför minsta möjliga olägenhet för gäldenären.

Om man går ett steg tillbaka i avvecklingen och granskar de regler som gäller under *förhandlingsstadiet* finner man att även obetydliga avvikelser kan omintetgöra det planerade utbytet av prestationer. Den som erbjudit sig att köpa viss mängd gods levererat i ett sammanhang blir inte bunden av en oren accept, ej heller om den innebär en endast obetydlig avvikelse från anbudet. Han behöver inte visa att avvikelsen för honom är väsentlig, det räcker med att det föreligger en avvikelse. Om gäldenären i detta stadium av rättsförhållandet inte är villig att till punkt och pricka uppfylla de villkor som innefattas i anbudet och inte heller kan förhandla sig till en annan uppgörelse, medför detta att något avtal icke kommer till stånd.[4] Denna rättsföljd är visserligen inte enligt vedertagen juridisk systematik besläktad med hävning av ett redan ingånget avtal, men kan i praktiken ligga så nära hävningsrättsföljden[5] att en jämförelse mellan de regler som gäller beträffande avvikelser ter sig befogad.

Vidare måste det hållas i minnet att rätten att temporärt avvisa ofullständig prestation är begränsad av rätten till fullgörelse. Om det är omöjligt att erlägga eller utföra resterande del av prestationsskyldigheten under den tid borgenären är skyldig eller i vart fall villig att ta emot prestation, föreligger inte någon temporär avvisningsrätt. Väsentlighetsregeln sätts alltså ur spel endast när gäldenären — för att nu använda en något tillspetsad formulering — kan men inte vill erlägga riktig prestation.

Om man upprätthåller väsentlighetskravet även i denna situation riskerar man att komma i konflikt med en annan central obligationsrättslig grundsats, nämligen att gäldenären är skyldig att erlägga och

[4] Om väsentlighetsbedömningen företas i enlighet med förutsättningslärans hypotetiska prov får man överensstämmelse i behandlingen av avvikelser på förhandlingsstadiet och enligt hävningsreglerna. Endast om avvikelsen är av sådan betydelse för borgenären att han, om den framträtt redan under förhandlingsstadiet — t ex i form av en oren accept — ej skulle ha ingått avtal, föreligger hävningsrätt.

[5] Se tex NJA 1908 s. 316, 1912 s. 352, 1913 s. 553, 1916 s. 583, 1927 s. 560, U 1952.1125.

borgenären har rätt till *just den prestation som utlovats, ej en prestation som i det väsentliga är i överensstämmelse med avtalet.* Avvisningsrätt och detentionsrätt (och det i denna påföljdskombination liggande hotet om hävning) är de påtryckningsmedel som står till gäldenärens förfogande för att åstadkomma riktig fullgörelse. Om borgenären inte kan avvisa ofullständig prestation urholkas rätten till riktig fullgörelse genom att gäldenären ges möjlighet att omforma avtalet, om han blott håller sig inom den ram som anges av väsentlighetsregeln.

Tidigare hävdade man ju att ett väsentlighetskrav för hävning alltid är oförenligt med grundsatsen att borgenären har rätt till exakt den prestation som utlovats.[6] Hävningspåföljden syftar emellertid inte direkt till riktig fullgörelse, utan verkar i denna riktning endast genom sin preventiva effekt. Väsentlighetsregeln har också alltmer trängt ut regeln, att endast en i alla avseenden fullständig prestation ger rätt till någon del av vederlaget. Om man utsträcker väsentlighetsregeln även till den temporära avvisningsrätten, som *direkt* syftar till att åstadkomma riktig fullgörelse, blir emellertid konflikten med detta ändamål mer akut, och det kan bli nödvändigt att i vissa lägen uppge väsentlighetskravet vad gäller den temporära avvisningsrätten och den därtill anslutna hävningsrätten.[7]

Ju mer begränsad hävningsrätten är enligt de egentliga hävningsreglerna, desto mer betänkligt ter det sig att låta dessa begränsningar gälla även den temporära avvisningsrätten. Hävningsrätten enligt BGB är enligt huvudregeln begränsad till den fördröjda delen av gäldenärens prestation. En mer omfattande avvisningsrätt är nödvändig, om inte borgenärens rätt till riktig fullgörelse skall bli illusorisk. Hävningsrätten enligt köplagen är betydligt mer omfattande än enligt BGB. Köplagens väsentlighetsregel, tillämpad på partiellt dröjsmål eller brist, ger troligen ungefär samma resultat som den begränsning av avvisningsrätten enligt BGB § 266 som följer av principen om Treu und Glauben. Emellertid är att märka att man i skandinavisk rätt vid dröjsmål eller fel avseende en del av godset i vissa fall tillämpar en mot gäldenären mildare hävningsregel. Om köpet avser olika specieting eller olika varuslag, är hävningsrätten som regel begränsad till den sak eller

[6] Se ovan 1 kap. under II B 1 om hävning som den avtalade rättsföljden.

[7] Så har man gjort i IntKöpL. Borgenären kan häva omedelbart endast om kontraktsbrottet är väsentligt. Han kan emellertid sätta ut en frist, inom vilket prestation skall ske, och, om gäldenären inte presterar före utgången av denna frist, häva köpet. Se IntKöpL 27 § 2 (dröjsmål) och 44 § 2 (fel). Genom detta Nachfristförfarande sätts väsentlighetsregeln ur spel.

det varuslag som berörs av kontraktsbrottet.[8] Här kan det finnas anledning att, för att inte urholka borgenärens rätt till riktig fullgörelse, ändock fasthålla den strängare regeln beträffande den temporära avvisningsrätten.

Den mest vägande invändningen mot argumentet att ett väsentlighetskrav urholkar rätten till riktig fullgörelse är naturligtvis att borgenären har rätt till kompletterande fullgörelse, även om vad som återstår att erlägga eller utföra ej utgör en väsentlig del av gäldenärens prestation. Som vi skall se i det följande är emellertid borgenärens rätt till sådan kompletterande fullgörelse i vissa kontraktsbrottssituationer svår eller t o m omöjlig att genomföra.[9]

Som ovan nämnts finns det i köplagen inte något stadgande som direkt handlar om temporär avvisningsrätt, och köplagens upphovsmän har inte heller klargjort hur köplagens väsentlighetsregel förhåller sig till den allmänobligationsrättsliga regeln om rätt att avvisa ofullständig prestation. Emellertid finns det i köplagen ett annat stadgande av visst intresse i förevarande sammanhang.

Köparen kan som regel inte häva eller kräva gillt gods vid ringa fel. Enligt 43 § första stycket andra punkten har han dock dessa befogenheter, då säljaren betett sig svikligt eller "avvetat felet å sådan tid, att han utan oskälig kostnad eller svårighet kunnat till köpets fullgörande anskaffa felfritt gods". Självfallet har köparen i den beskrivna situationen också temporär avvisningsrätt och detentionsrätt.

Regeln i 43 § kan beskrivas som en kompromiss mellan de sinsemellan oförenliga målsättningarna att förmå gäldenären till riktig fullgörelse, om sådan är möjlig, och att undvika hävning vid oväsentliga kontraktsbrott. I skandinavisk rätt upprätthåller man principen att borgenären har rätt till naturafullgörelse, om blott sådan fullgörelse är praktiskt och ekonomiskt möjlig. I 43 § har lagstiftaren emellertid i en situation, där rätten till noggrann fullgörelse kommer i konflikt med ett upprätthållande av väsentlighetskravet vid hävning, fäst avseende vid omständigheter som eljest inte beaktas, nämligen svårigheter och olägenheter som inte når upp till en sådan nivå att naturafullgörelse ter sig som en praktisk och ekonomisk orimlighet. När felet uppdagas först å sådan tid att rättelse skulle vara förbunden med "oskälig kostnad eller olägenhet", uppger man principen om strikt fullgörelse till förmån för ett upprätthållande av väsentlighetskravet vid hävning. Om rättelse

[8] Se ovan 1 kap. IV 6.
[9] Nedan under 3.

däremot icke skulle ha varit förbunden med några allvarligare olägenheter, upprätthåller man principen, att borgenären har rätt att kräva avtalets noggranna fullgörelse in natura, med följden att väsentlighetskravet vid hävning måste uppges.

Det tycks inte vara så vanligt att frågan om borgenären har rätt att temporärt avvisa ofullständig prestation ställs på sin spets. Oftast fordrar borgenären att köpet skall hävas därför att fullständig prestation inte erbjudits före utgången av leveranstiden. Om borgenären redan från början intagit denna ståndpunkt, är det klart att väsentlighetskravet måste vara uppfyllt för att hävningsrätt skall föreligga. I andra fall beror den delvisa icke-uppfyllelsen av omöjlighet, eller talan om fullgörelse är av andra skäl utesluten.

I målet NJA 1910 s. 380 hade HD dock tillfälle att ta ställning till om väsentlighetskravet gäller även den temporära avvisningsrätten. Huvudfrågan i målet var emellertid om visst handlande från köparens sida skulle tolkas som ett definitivt eller som ett temporärt avvisande av erbjuden, ej kontraktsenlig prestation. Gods hade sålts att betalas medelst 90 dagars sight rembours på bank i London. När trattorna första gången presenterades till inlösen vägrade köparen accept av det skälet att konossementen ej avsåg varans transport ända fram till destinationsorten. Säljaren presenterade då åter trattorna jämte behöriga konossement, men köparen vägrade accept även denna gång. HD fann att köparen *inte* hävt köpet genom sin acceptvägran när trattorna för första gången presenterades till inlösen. Hans handlande måste då uppfattas som ett temporärt avvisande av oriktig prestation i kombination med ett innehållande av köpeskillingen i avbidan på riktig prestation. HD fann att konossementen, när trattorna första gången presenterades, var av "så felaktig beskaffenhet", att köparen haft rätt att vägra inlösen. Revisionen hade i sitt yttrande endast konstaterat att konossementen var av felaktig beskaffenhet och alltså inte graderat felet. HD:s uttryckssätt ger möjligen vid handen att man — oaktat det endast var fråga om ett temporärt avvisande och korrekt fullgörelse var fullt möjlig — uppställt ett väsentlighetskrav.

3 Man brukar skilja mellan å ena sidan erbjudande av oriktig prestation och å andra sidan erbjudande av i och för sig korrekt prestation, men på kontraktsstridiga villkor. Gränsen mellan dessa företeelser är emellertid, som vi skall se i det följande, ganska flytande. *Beträffande kontraktsstridiga villkor tycks det inte gälla något väsentlighetskrav för hävning.*

En vanlig typ av kontraktsstridiga villkor är att säljaren fordrar ett högre pris än han är berättigad till och uppställer erläggandet av det högre priset som ett villkor för utgivandet av sin prestation. Köparen behöver då inte ta emot godset, *ej ens om villkoret skulle innebära en endast obetydlig avvikelse från avtalet.*[1] Köpeavtalet avser utbyte av de överenskomna prestationerna. Ett kontraktsbrott som består i att säljaren erbjuder mindre än han är skyldig och ett som består i att han kräver mer än han är berättigad till rubbar i samma mån det avsedda ekvivalensförhållandet mellan prestationerna till köparens nackdel. Kan man då inte också beträffande de kontraktsstridiga villkoren hävda att en obetydlig avvikelse ej bör medföra en så omfattande påföljd som total hävning? Det finns emellertid två skäl som motiverar en särskilt sträng bedömning av dessa fall.

Inom köprätten fäster man stort avseende vid att borgenären skall kunna använda sin egen prestation för att skaffa sig kompensation för kontraktsbrottet. Detta är möjligt inte bara vid hävning utan också vid prisnedsättning och skadestånd. Om köparen inte erlagt köpeskillingen kan han genomföra dessa sistnämnda påföljder på ett säkert och smidigt sätt genom att definitivt innehålla en så stor del av köpeskillingen som motsvarar prisnedsättningen eller skadeståndet. Om säljaren som förutsättning för att erlägga sin prestation kräver ett högre pris än han är berättigad till, har köparen ingen motsvarande möjlighet att komma till sin rätt på ett smidigt sätt. Självfallet har han rätt att återkräva vad han betalt för mycket, men för att komma till sin rätt nödgas han gå till process och sedan anlita vanliga exekutionsformer. Om däremot säljaren erbjuder ofullständig prestation kan köparen hävda sina rättigheter på ett bekvämt och smidigt sätt, förutsatt naturligtvis att säljarens kontraktsbrott *endast* består i att hans prestation är ofullständig. Om säljaren *dessutom* motsätter sig att köparen utövar sin påföljdsrätt, d v s vägrar att utlämna sin ofullständiga prestation mot erhållande av köpeskillingen med avdrag för prisnedsättning eller skadestånd, uppställer han ett kontraktsstridigt villkor. Köparen kan då avvisa *av denna anledning* oavsett hur stor avvikelse det är fråga om.[2] *Säkerhets-*

IV. 3.

[1] Almén, § 21 vid n. 47 ff. och Tillägg till §§ 21—27 vid n. 5 ff., nämner inget väsentlighetskrav. Se även NJA 1924 s. 562. HD:s skrivning antyder, att det förhållandet, att säljarens krav endast obetydligt översteg vad han hade rätt att fordra, inte *i och för sig* kunnat medföra att hävningsrätt för köparen inte inträdde. Jfr NJA 1944 s. 237, där säljarens oberättigade krav dock avsåg ett ganska stort belopp.

[2] Jfr NJA 1924 s. 562.

intresset motiverar alltså att man uppger väsentlighetskravet vid kontraktsstridiga villkor.

Det andra skälet för att behandla kontraktsstridiga villkor särskilt strängt är, att korrekt fullgörelse här alltid är möjlig och särdeles lätt att åstadkomma. Det enda gäldenären har att göra är att frånfalla villkoret. När det gäller kontraktsstridiga villkor skulle ett väsentlighetskrav på ett flagrant sätt komma i konflikt med grundsatsen att gäldenären i alla delar skall hålla sitt löfte, och i stället ge honom möjlighet att riskfritt genom utpressningstaktik tilltvinga sig fördelar på motpartens bekostnad, om han bara ser till att operera inom den ram som anges av väsentlighetskravet.

Det skall inte förnekas att en så sträng behandling av de kontraktsstridiga villkoren kan leda till avgöranden, som ter sig mycket hårda i det konkreta fallet. Det kontraktsstridiga kravet kan bero på en ursäktlig feltolkning av oklara bestämmelser i avtalet. I dylika fall, skulle man kunna hävda, borde gäldenären behandlas mindre strängt.[3] Men om man inte låter det kontraktsstridiga villkoret medföra hävningsrätt för borgenären, får man ett nytt problem på halsen, nämligen hur man skall bedöma dennes vägran att gå med på villkoret. Köplagens påföljdssystem är inte särskilt nyanserat. Det förutsätter att en av parterna kan utpekas som den skyldige, när prestation inte kommer till stånd. Om detta beror på att parterna varit oense om villkoren, är det trots allt rimligare att lägga skulden på den som feltolkat avtalet, även om misstaget är ursäktligt.

En motsvarighet till det kontraktsstridiga beteende som består i att säljaren kräver ett högre pris än han har rätt till, uppkommer när köparen inte är villig att betala det avtalade priset, utan endast ett *lägre* pris. Ett sådant beteende från köparens sida betraktas emellertid formellt, inte som ett kontraktsstridigt krav, utan som *ett dröjsmål med en del av köpeskillingen*. I 28 § saknas visserligen motsvarighet till den bestämmelse i 21 § som vid handelsköp utesluter total hävningsrätt, när det som är fördröjt utgör endast en ringa del av godset, men doktrinen hävdar att *denna bestämmelse bör tillämpas analogt på köparens kontraktsbrott, så att denne undgår hävning om blott en ringa del av köpeskillingen är fördröjd.*[4]

Om köparens dröjsmål beror på ett misstag, som genast rättas till när säljaren påpekar det, är en sådan analog tillämpning av bestämmel-

[3] Bengtsson, § 10 vid n. 91 ff. och § 14 vid n. 74.
[4] Almén, § 28 vid n. 102 ff., Bengtsson, § 13 vid n. 87, Hellner, Köprätt 12.3, Rodhe, § 38 vid n. 4.

sen i 21 § befogad. Sådana dröjsmål lär emellertid sällan medföra att säljaren fordrar att köpet skall hävas och är alltså ur praktisk synpunkt av ringa betydelse. Det fallet att dröjsmålet beror på insolvens är nog inte heller så vanligt. Betalningsdröjsmål som beror på insolvens omfattar i regel hela köpeskillingen.

Det praktiskt betydelsefulla fallet är att köparen *inte är villig att betala hela köpeskillingen*. Detta kan i sin tur bero på att han i god eller ond tro feltolkar avtalets bestämmelser om priset eller att han med orätt hävdar att säljaren gjort sig skyldig till ett kontraktsbrott, som berättigar honom till prisnedsättning eller skadestånd. Bestämmelsen i 21 § andra stycket andra punkten är visserligen tillämplig oavsett orsaken till dröjsmålet med en del av godset och oavsett hur långvarigt dröjsmålet blir. Den bör emellertid *inte* tillämpas analogt på köparens dröjsmål med en del av köpeskillingen, såvida inte detta dröjsmål omgående rättas till. De båda kontraktsbrottssituationerna är nämligen inte analoga. Väsentlighetsregeln i 21 §, tillämpad på dröjsmål med en del av godset, avgör om säljaren får begagna den mer omfattande av två tänkbara påföljder, om han får häva totalt eller endast partiellt. Vid köparens dröjsmål med en del av köpeskillingen finns det inte någon påföljd som motsvarar partiell hävning vid säljarens kontraktsbrott. Det kan nämligen inte fordras att *säljaren delar sin prestation* och behåller en så stor del av godset som svarar mot den del av köpeskillingen som köparen inte vill erlägga. Denna lösning är för övrigt oftast inte genomförbar. Valet står i stället mellan totalhävning och ingen påföljd alls utan endast en rätt för säljaren att utkräva det felande från en ovillig motpart utan att ha några köprättsliga påtryckningsmedel till sitt förfogande. Situationen är i stället analog med den som föreligger när säljaren kräver för mycket betalt, och *man måste därför uppge väsentlighetsregeln*.[5]

Det kontraktsstridiga villkoret består inte alltid i att gäldenären som villkor för utgivande av sin prestation fordrar en mer värdefull prestation än den han är berättigad till. Det kan också bestå i att gäldenären fordrar en förmån samtidigt som han erbjuder ekonomisk kompensation eller i vart fall inte motsätter sig att borgenären uttar sådan, eller den fordrade förmånen kan vara av sådant slag att den inte direkt kan omsättas i pengar.

Hit hör de fall där säljaren förvägrar köparen hans rätt att un-

[5] Se NRt 1924 s. 1199. Jfr Bengtsson, § 13 vid n. 100 ff; avgörande är om köparens ståndpunkt "objektivt sett strider mot avtalet".

dersöka godset innan han betalar[6] och de fall där köparen, i strid med särskilda bestämmelser i kontraktet om betalningssättet, fordrar att få undersöka godset innan han betalar. Om man här uppställer ett väsentlighetskrav som förutsättning för detentionsrätt och avvisningsrätt, berövas borgenären alla möjligheter att hävda sin rätt till riktig fullgörelse och gäldenären tillåts i realiteten att omforma avtalet till sin förmån. En sådan lösning kan inte tolereras. I dessa situationer måste man medge avvisningsrätt och detentionsrätt och som en konsekvens härav hävningsrätt om gäldenären inte uppger det kontraktsvidriga villkoret, även om det för borgenären inte skulle innebära någon väsentlig olägenhet att acceptera villkoret. HD tycks också ha intagit denna ståndpunkt. I målet NJA 1963 s. 136 hade potatis sålts att betalas a vista mot dokument, men köparen fordrade att varan skulle testas innan betalning erlades. Säljaren vägrade att acceptera detta villkor, innehöll godset samt hävde, då köparen vägrade att uppge villkoret. Häri ansågs han ha förfarit korrekt. HD prövade inte om det skulle ha inneburit någon väsentlig olägenhet för säljaren att tillåta undersökning av godset innan betalning erlades el dyl, utan konstaterade endast att uppställandet av villkoret inte kunde anses berättigat.[7]

Gränsen mellan erbjudande av ofullständig eller oriktig prestation och erbjudande av riktig prestation, men på kontraktsstridiga villkor, är flytande. Hur skall man t ex bedöma erbjudande av prestation på oriktig plats? Almén betraktar dessa fall som ett slags kontraktsbrott, beträffande vilka dröjsmålsreglerna bör tillämpas analogt, och anser följaktligen att man bör uppställa ett väsentlighetskrav som villkor för hävning. Endast om det skulle innebära en väsentlig olägenhet för köparen att motta godset på den oriktiga platsen skulle han kunna häva.[8] Detta förefaller berättigat om kontraktsbrottet är irreparabelt, d v s om det inte är möjligt för säljaren att före ugången av den tid, inom vilken köparen är villig att motta godset, erbjuda detta på rätt plats. Om däremot köparen fordrar prestation på den riktiga platsen och sådan fullgörelse inte möter något hinder, kommer uppställandet av ett väsentlighetskrav i uttalad konflikt med rätten till riktig fullgörelse. Kontraktsbrottet ligger nära uppställandet av ett kontraktsstridigt villkor. Säljarens vägran att ombesörja transporten till den riktiga orten medför att köparen måste åta sig detta. Om säljaren inte ges avvisningsrätt

[6] Se NJA 1951 s. 600, 1945 s. 147, U 1933.624 H.
[7] Jfr NRt 1928 s. 261.
[8] Almén, Tillägg till §§ 21—27 vid n. 25 ff. Rodhe, § 40 vid n. 8, tveksam.

och detentionsrätt har han inga möjligheter att motsätta sig denna omformning av avtalet.[9]

4 Den temporära avvisningsrätten kan alltså vara mer omfattande än hävningsrätten i allmänhet. Åtminstone i vissa situationer kan borgenären temporärt avvisa oriktig prestation och, om rättelse inte sker, häva, oaktat väsentlighetskravet inte är uppfyllt. Om borgenären i dessa situationer gör bruk av sin avvisningsrätt, har han också detentionsrätt.

En annan fråga är om detentionsrätten kan vara mer omfattande än hävningsrätten, *oaktat borgenären tagit emot den ofullständiga prestationen.* Kan borgenären innehålla *hela* sin prestation, om vad som återstår att erlägga eller utföra av gäldenärens prestation utgör blott en ringa del av denna?

Einrede des nicht erfüllten Vertrages enligt BGB § 320 avser i princip rätt att innehålla *hela* den egna prestationen så snart *någon del* av vederlagt fattas och begränsas endast av principen om Treu und Glauben, som i regel ej tillåter total detentionsrätt när vad som återstår att erlägga utgör en förhållandevis ringa del av den prestation som skall erläggas.[1] Treu und Glauben-principen vid tillämpning av § 320 innebär *inte* att detentionsrätten är begränsad till en mot icke-uppfyllelsen svarande del av borgenärens prestation.[2] Även om borgenären har "intresse" av ett delvis fullföljande av köpet, kan han som regel innehålla hela sin prestation. Detentionsrätten är alltså mer omfattande än hävningsrätten.[3]

Frågan om vad som i fransk rätt erfordras med avseende på icke-uppfyllelsens omfattning och betydelse för att exception d'inexécution

[9] Ussing uttalar för dansk rätts vidkommande, att borgenären i regel kan *temporärt* avvisa prestation som erbjuds på oriktig plats samt häva, om gäldenären sedan inte presterar på rätt plats, se Alm. del § 11 III C 4. Jfr dock Hasle og Nebelong, s. 112. Enligt 30 § 1 IntKöpL kan köparen, när godset avlämnats på oriktig plats, häva omedelbart endast om detta utgör ett väsentligt kontraktsbrott. Emellertid kan han enligt 31 § 2, *oavsett kontraktsbrottets väsentlighet*, kräva att godset inom rimlig tid erbjuds på den riktiga platsen och *häva om så icke sker.* Principen återkommer på flera ställen i lagen, se ovan s. 114 n. 7.
IV. 4.

[1] BGB § 320 2 st. Obs att begränsningen avser den situationen att gäldenären hunnit erlägga allt utom en ringa del ("Ist ... geleistet worden."), Om gäldenären blott *erbjudit* huvudparten av sin prestation, men borgenären med rätta avvisat denna, har borgenären naturligtvis total detentionsrätt.

[2] Soergel, § 320 Bem. 8.

[3] Hävningsrätten enligt BGB är begränsad enligt intresseprincipen, se härom ovan s. 112.

skall föreligga och avse hela den egna prestationen tycks vara föga uppmärksammad i doktrinen.[4] De författare som ansluter sig till den viljeteoretiska utformningen av läran om la cause som underlag för hävningsrätt och detentionsrätt tenderar naturligtvis att begränsa detentionsrätten liksom hävningsrätten i anslutning till det i den subjektiva cause-läran inbyggda hypotetiska provet.[5] Även de författare som betonar principen om bonne foi som vägledande vid den närmare utformningen av de påföljder som bygger på det ömsesidiga avhängighetsförhållandet mellan parternas prestationer, tycks anse att detentionsrätten bör vara begränsad på samma sätt som hävningsrätten.[6]

I engelsk köprätt är detentionsrätten exakt lika omfattande som hävningsrätten. Den allmänobligationsrättsliga huvudregeln att ofullständig prestation ej ger rätt till någon del av vederlaget har i det föregående behandlats i sin egenskap av hävningsregel men utgör samtidigt — i den mån borgenären inte är skyldig att häva omedelbart — en regel om detentionsrätt. Leverans av godset och betalning av köpeskillingen är enligt SGA Sect. 28 "concurrent conditions", och detta innebär att ingen av kontrahenterna behöver prestera *någonting* utom mot erhållande av hela vederlaget. Right of lien tillkommer varje "unpaid seller", och en sådan definieras i Sect. 38 som den säljare som icke erhållit eller erbjudits *hela* priset.

Hur kommer nu detentionsrätten att fungera om den avser en större del av den egna prestationen än hävningsrätten? Om säljaren levererat och köparen tagit emot allt utom "en ringa del" av godset, är köparens hävningsrätt enligt 21 § andra stycket andra punkten begränsad till den fördröjda delen. Om man ändock ger köparen total detentionsrätt, d v s låter honom innehålla hela köpeskillingen, skapar man

[4] Planiol et Ripert VI (Esmein), nr 452 n. 4, anmärker att frågan inte diskuterats i Frankrike.

[5] Se Capitant, La cause, p. 129 f.

[6] De fall där innehållanderätten strider mot bonne foi är "sensiblement" desamma som när hinder för hävning föreligger, Planiol et Ripert VI (Esmein), nr 454. I ett annat sammanhang sägs, att innehållanderätten är odelbar i den betydelsen att den kan utövas även när partiell fullgörelse skett, men samtidigt hävdas, att borgenären inte får innehålla *hela* prestationen, när ett partiellt innehållande utgör "garantie suffisante", a.a. nr 457. Se även a.a. X (Hamel), nr 149 vid n. 4; innehållanderätten enligt art. 1653 är lika omfattande som (det väntade) kontraktsbrottet. Se vidare Colin et Capitant, nr 143, i kommentar till rättsfallet Soc. 12 janvier 1945, Gaz, Pal. 1945.1.88. "Cet arrêt a d'ailleurs précisé qu'il ne suffit pas d'un manquement quelconque du cocontractant pour justifier l'exception: il faut un manquement grave, une véritable inexécution de son obligation." Se även Mazeaut, nr 1129 och Houin, s. 356.

en situation, som kan bli svår att avveckla, om säljaren inte levererar den återstående delen inom rimlig tid.

Man kan inte räkna med att köparen i sådana fall alltid avvecklar rättsförhållandet genom att häva beträffande den fördröjda delen. Köparen kan ha intresse av att permanenta situationen genom att undvika hävning och i stället stödja sig på sin mer omfattande detentionsrätt.

Kan man tänka sig att i dessa fall, liksom när köparen avvisat den ofullständiga prestationen, utvidga hävningsrätten till att omfatta allt godset för det fall att innehållandet inte får avsedd effekt? De lege lata är denna lösning inte möjlig. Vad gäller avvisningsrätten kan man — åtminstone formellt — undgå konflikt med väsentlighetsregeln, eftersom dröjsmålet, om borgenären avvisar den ofullständiga prestationen, kommer att omfatta hela gäldenärens prestation. Om köparen däremot tagit emot större delen av godset och endast en ringa del återstår att erlägga, är totalhävning utesluten enligt 21 §. Inte heller de lege ferenda kan man rekommendera en sådan lösning. Visserligen skulle en sådan detentionsrätt med åtföljande hävningsrätt fylla en påtryckningsfunktion. Men om köparen vill begagna ett så ingripande påtryckningsmedel bör han åtminstone, genom att använda sin temporära avvisningsrätt (om sådan föreligger), hålla köpet kvar i ett avvecklingsstadium, där hävningspåföljden medför minsta möjliga olägenheter för säljaren.

Om man vill ge borgenären en detentionsrätt, som är mer omfattande än hans hävningsrätt, måste man ge gäldenären möjlighet att framtvinga en avveckling av rättsförhållandet enligt de vanliga hävningsreglerna. Ett sätt att lösa problemet är att låta gäldenären avskära detentionsrätten *genom en bestämd prestationsvägran.*[7] Samma lösning valde HD i NJA 1924 s. 346.[8] En på detta sätt begränsad detentionsrätt har vissa fördelar och knappast några mer allvarliga nackdelar. Den ökar visserligen inte mer avsevärt utsikterna till kompletterande fullgörelse, men den kan fungera som medel att framtvinga ett bestämt ståndpunktstagande från gäldenärens sida. En annan fördel är att köparen kan säkerställa och i samband med avvecklingen ta ut ett eventuellt skadestånd ur den innehållna köpeskillingen.

[7] Jfr ovan s. 101.
[8] Se ovan s. 93 ff.

3 kapitlet

Hävning vid successiv leverans

Vid successiv leverans gäller särskilda regler om hävning. De återfinns i 22, 29 och 46 §§ KöpL. 22 och 46 §§ handlar om köparens hävningsrätt på grund av dröjsmål respektive fel i godset. 29 § handlar om säljarens hävningsrätt på grund av köparens dröjsmål med betalningen för en eller flera poster.

Kapitlet är uppdelat i fem huvudavsnitt. Under I ges en deskriptiv framställning av de särskilda reglerna om hävning vid successiv leverans. Detta avsnitt har en allmänt orienterande karaktär. Endast vissa delproblem behandlas mer utförligt. De följande avsnitten innehåller en mer ingående analys av vissa principiellt viktiga problem. Under II granskas teorier och ändamålsöverväganden bakom huvudprincipen, att påföljdsrätten är begränsad till den post som berörs av kontraktsbrottet. Under III studeras vissa situationer, där det kan vara tveksamt om de särskilda reglerna om hävning vid successiv leverans bör vara direkt eller analogt tillämpliga. Under IV behandlas rätten att häva i förtid på grund av anteciperat kontraktsbrott. Det sista avsnittet, slutligen, innehåller en sammanfattande bedömning av köplagens lösning av problemet om rätten att vid ett inträffat kontraktsbrott häva även för framtiden, och där ges också förslag till andra lösningar.

I. Översiktlig framställning av de särskilda reglerna om successiv leverans

Den följande beskrivningen av det till successiv leverans anknutna rättsföljdskomplexet företas mot bakgrund av den redogörelse som gavs i inledningskapitlet om förutsättningar för hävning och hävningsrättens omfattning i allmänhet.[1] Vid beskrivningen av en viss företeelse

[1] Ovan 1 kap. IV.

utgår man alltid, mer eller mindre medvetet, från en annan på visst sätt besläktad företeelse. Då man beskriver en rättsföljd, sker detta alltid i relation till ett annat tänkt rättsläge. Valet av jämförelseobjekt är viktigt. Det gäller att välja det som bäst främjar framställningen i dess helhet. I min beskrivning av det till successiv leverans anknutna rättsföljdskomplexet kommer jag att ta fasta på *reglernas karaktär av avvikelser från vad som gäller om hävning, då successiv leverans inte är avtalad.*

Redan ur deskriptiv eller framställningsteknisk synpunkt kan det vara lämpligt att beskriva särregler om hävning i köpets olika avvecklingsstadier i deras egenskap av avvikelser från de regler som eljest gäller. Det är lättare att tillägna sig innehållet i reglerna om man utgår från en huvudregel och sedan beskriver regler, som gäller begränsade grupper av fall, genom att omtala på vilket sätt de skiljer sig från huvudregeln. Mycket är gemensamt i regler om rätt att häva i allmänhet och rätt att häva i ett visst avvecklingsstadium. Om man t ex vet att väsentlighetsbedömningen skall ske från den individuelle borgenärens synpunkt och att man uppställer ett synbarhetsrekvisit, bör man kunna utgå från att motsvarande gäller den förfångsbedömning som skall äga rum enligt reglerna om successiv leverans. Genom att beskriva förfångsregeln i relation till väsentlighetsregeln undviker man alltså upprepningar.

Huvudsyftet med detta arbete är emellertid inte att ge en uttömmande beskrivning av vad som gäller om hävning i köpets olika avvecklingsstadier, utan att ta upp vissa principiellt viktiga frågor och kritiskt studera reglernas utformning och tolkning mot bakgrund av de ändamålsskäl som bär upp dem. Bakgrunden till reglerna om hävning vid successiv leverans är delvis densamma som till reglerna om hävning i allmänhet. Vid successiv leverans liksom eljest har lagstiftaren genom regler om hävning velat tillgodose reparativa och preventiva synpunkter, men samtidigt beaktat gäldenärens motstående intressen. I inledningskapitlet redogjordes för de intressen och intresseavvägningar som måste antas ligga bakom huvudregeln, att borgenären vid ett väsentligt kontraktsbrott kan häva hela köpet.[2] Den fråga som nu skall besvaras är inte varför hävningsreglerna vid successiv leverans över huvud taget ser ut som de gör, utan *varför de på visst sätt avviker från de regler som gäller då successiv leverans inte är avtalad.*

Av detta skäl måste jag tills vidare begränsa framställningen till

[2] Ovan s. 71 ff.

regler om rätt att häva på grund av ett redan inträffat kontraktsbrott, och nöja mig med en mycket knapphändig behandling av de regler som handlar om rätten att häva på grund av *risk för kontraktsbrott i framtiden*. Beträffande de förra reglerna finner man den, för mitt sätt att beskriva reglerna, nödvändiga bakgrunden i inledningskapitlet. Beträffande de senare reglerna saknas en motsvarande redogörelse, alltså en redogörelse för rätten att häva på grund av anteciperat kontraktsbrott, då successiv leverans icke är avtalad. En sådan redogörelse samt en beskrivning och analys av de särskilda reglerna om rätt att häva på grund av anteciperat kontraktsbrott vid successiv leverans har sammanförts i ett avsnitt (IV).

A. Säljarens kontraktsbrott

1 Enligt huvudregeln i 22 och 46 §§ om köparens hävningsrätt vid successiv leverans ger dröjsmål eller fel i godset avseende viss post ej köparen rätt att häva köpet "i vidare mån, än såvitt rörer sagda post". Rätten att häva beträffande den post som är fördröjd eller felaktig skall bedömas på samma sätt som om köpet angått endast denna post. Det fordras alltså att kontraktsbrottet är väsentligt och väsentlighetsbedömningen har samma innehåll som eljest, frånsett att den skall ske i relation till den fördröjda eller felaktiga posten, ej i relation till hela köpet.[1]

Huvudregeln i 22 och 46 §§ kan betraktas på två olika sätt, dels som en *befogenhet* för köparen att häva beträffande den fördröjda eller felaktiga posten samtidigt som han fasthåller köpet i övrigt, dels som en *begränsning* av hävningsrätten till denna post. I motiven till lagen betonades det förra synsättet: "Då gods är såldt till aflämnande efter hand i särskilda poster (successiv leverans) och någon af dem fördröjes, vore det näppeligen lämpligt eller billigt att låta frågan om köparens befogenhet att i detta fall häfva köpet bedömas uteslutande efter den i 21 § uppställda regeln, så att posterna skulle under alla förhållanden betraktas såsom ett helt och alltså köpet efter de i nämnda paragraf angifna grunder skulle i sin helhet häfvas eller i allo fasthållas."[2] Uttalandet förutsätter att borgenären ej kan begränsa hävningen till fördröjd del av godset, då detta enligt avtalet skall levereras på en gång. Så är emellertid inte fallet. Redan i första upplagan av sin kommentar

[1] NJA II 1906 N:r 1 s. 45, Almén § 22 vid n. 4.
[2] NJA II 1906 N:r 1 s. 45.

till köplagen föreslog Almén, att köparen vid fel eller dröjsmål beträffande del av godset skulle kunna begränsa hävningen till denna del.[3] Att detta numera är gällande rätt är ställt utom allt tvivel.[4] Liksom vid successiv leverans fordras bara att felet eller dröjsmålet är väsentligt sett i relation till den del av godset som direkt berörs.

Den i 22 och 46 §§ stadgade *begränsningen av köparens hävningsrätt till den fördröjda eller felaktiga posten* innebär däremot en avvikelse från vad som annars gäller om rätt att häva vid dröjsmål eller fel avseende del av godset. Om successiv leverans inte är avtalad, omfattar hävningsrätten *allt godset,* om bara dröjsmålet eller felet är väsentligt sett i relation till hela köpet.[5] Om säljaren, vid köp av gods som skall levereras i ett sammanhang, levererar endast två tredjedelar av det avtalade partiet eller om en tredjedel av detta är behäftat med allvarligt fel, kan köparen alltid häva hela köpet. Om däremot godset skall levereras i tre lika stora poster och en dessa inte levereras i rätt tid eller är behäftad med allvarligt fel, är köparens hävningsrätt begränsad till den fördröjda eller felaktiga posten. Detta gäller oavsett om han, när kontraktsbrottet inträffar eller det står klart att det kommer att inträffa, hunnit ta emot de övriga posterna eller ej. Om två poster redan hunnit levereras kontraktsenligt, kan köparen inte med anledning av att den tredje är felaktig, levereras för sent eller inte levereras alls, häva beträffande de mottagna posterna. Men enligt huvudregeln kan köparen inte heller, om det är *den första posten* som är felaktig eller fördröjd eller om säljaren på förhand förklarar att han inte ämnar leverera mer än de två senare posterna, vägra att ta emot dessa. *Begränsningen i köparens hävningsrätt gäller alltså även de poster beträffande vilka leveranstiden ännu icke inträtt.*

Emellertid kan köparen i dessa fall ofta häva även för framtiden *på grund av risken för nya kontraktsbrott.* Enligt 22 och 46 §§ kan köparen häva även för framtiden, då ett upprepande av dröjsmålet eller felet "skäligen kan befaras". Den närmare behandlingen av denna regel måste uppskjutas till ett senare avsnitt. Här skall endast påpekas, att den sätter huvudregeln ur spel i åtskilliga fall och alltså har stor praktisk betydelse.

[3] Almén, 1 uppl. Stockholm 1906. Tillägg till § 22 vid n. 1 ff, Tillägg till §§ 42 och 43 vid n. 14 ff.

[4] Se ovan 1 kap. IV 7.

[5] Om väsentlighetsregelns innehåll då del av godset är felaktig eller fördröjd, se närmare ovan s. 69. Almén betonar, att den vid successiv leverans gällande regeln strider mot huvudregeln, Almén, § 46 vid n. 1 a.

2 Enligt en annan undantagsregel i 22 och 46 §§ utvidgas köparens hävningsrätt till *allt godset,* om posterna står "i det sammanhang, att det skulle lända köparen till förfång att delvis vidbliva köpet".

Denna förfångsbedömning skiljer sig i ett viktigt avseende från den väsentlighetsbedömning som annars — då successiv leverans inte är avtalad — är avgörande för om dröjsmål eller fel avseende en del av varan skall medföra total hävningsrätt. För att ett sådant kontraktsbrott skall vara *väsentligt,* räcker det att dröjsmålet eller felet avser en viss procentuell andel av godset. Att säljaren underlåter att leverera hälften av den avtalade mängden är alltid ett väsentligt kontraktsbrott. Vid förfångsbedömningen är det däremot alltid fråga om den ej kontraktsenligt levererade delens betydelse för *värdet av återstoden.* "Förfång" i lagens mening beror på ett samband mellan de olika delarna av godset, som medför att den del köparen får behålla vid en partiell hävning förlorar i värde om inte också återstoden levereras. Häri ligger den principiella skillnaden mellan å ena sidan den väsentlighetsbedömning som skall äga rum enligt 21 samt 42 och 43 §§ och den förfångsbedömning som skall äga rum enligt reglerna om successiv leverans.

I andra avseenden sker förfångsbedömningen efter liknande grunder som väsentlighetsbedömningen. Vid redogörelsen för väsentlighetsregelns innehåll skilde jag mellan å ena sidan frågan om vilka omständigheter som skall beaktas vid bedömningen av om ett kontraktsbrott är väsentligt eller ej, alltså *vilken mätningsmetod* som skall användas, och å andra sidan frågan *hur omfattande enligt den använda mätningsmetoden* kontraktsbrottet skall vara för att medföra (total) hävningsrätt.[1] Vid en analys av innehållet i förfångsregeln bör man gå fram på motsvarande sätt.

Vad först angår frågan om vilka omständigheter som skall beaktas vid bedömningen, så framgår av ordalydelsen i 22 och 46 §§ — vilka i detta hänseende är mer upplysande än 42 och 43 §§ — att man skall utgå från den individuelle borgenärens situation. En abstrakt bedömning skulle knappast vara förenlig med lagtextens ordalydelse. Det talas inte om värdeminskning i godset, det förfång som godsets delning är ägnat att medföra eller dylikt, utan om det förfång som skulle drabba köparen om han nödgades vidbli köpet till en del. Detta innebär naturligtvis inte att man i praktiken ej skulle använda sig av generella kriterier för att fastställa om skada uppkommit, utan endast att det resultat man kommer fram till vid en generell bedömning inte tillmäts re-

[1] Ovan s. 65 ff.

levans om det avviker från resultatet av en bedömning som utgår från den individuelle borgenärens situation. Liksom vid väsentlighetsbedömningen presumeras en minskning i godsets saluvärde ge upphov till en motsvarande skada för den individuelle borgenären.

Förfångsbedömningen skall alltså ske utifrån den inviduelle borgenärens situation. Man skulle därför, liksom då det är fråga om kontraktsbrottets väsentlighet, kunna tänka sig att använda det inom förutsättningsläran utbildade hypotetiska provet.[2] Visserligen finns det inte i själva lagtexten några hållpunkter för att *borgenärens egen bedömning* av kontraktsbrottets betydelse vid tidpunkten för avtalets slutande skall vara avgörande vid förfångsbedömningen. Några sådana hållpunkter finner man emellertid inte heller i de stadganden som rör kontraktsbrottets väsentlighet, och *detta* har inte ansetts utgöra något hinder mot att använda det hypotetiska provet även i kontraktsbrottsfallen.

En tillämpning av förutsättningslärans väsentlighetsbedömning även på kontraktsbrottsfallen har emellertid kritiserats och i regel också avvisats av andra skäl, och huvudparten av denna kritik kan också anföras mot att använda det hypotetiska provet vid den förfångsbedömning som skall äga rum enligt reglerna om successiv leverans. I åtskilliga fall kan man inte veta någonting säkert om hur borgenären skulle ha reagerat vid den kritiska tidpunkten. I dessa fall är man alltså under alla förhållanden tvungen att falla tillbaka på andra metoder. Detta utgör kanske inte något skäl mot att använda metoden i den begränsade grupp av fall där den faktiskt kan användas, om den där ger ett lämpligare resultat än andra metoder. Emellertid är gränsen mellan de fall där metoden kan användas och de fall där den inte kan användas, mycket oklar. En föreskriven eller rekommenderad användning av det hypotetiska provet avser naturligtvis endast de fall där metoden kan användas, men tenderar att leda till avgöranden, som visserligen *motiveras* med borgenärens hypotetiska vilja, men som i själva verket bygger på andra omständigheter, *som icke redovisas*. Detta tycks vara kärnan i den kritik som går ut på att förutsättningslärans relevansbedömning och väsentlighetsbedömning bygger på en fiktion. Det har emellertid också invänts att metoden — i de fall där den verkligen kan användas — leder till ett otillbörligt gynnande av den starkare avtalsparten.

De komplikationer vid utformningen och användningen av det hypotetiska provet som beror på att man måste ta hänsyn till att borge-

[2] Om det hypotetiska provet vid väsentlighetsbedömningen, se ovan s. 19 ff.

nären har tillgång till andra påföljder än hävning,[3] skulle också göra sig gällande vid förfångsbedömningen. Visserligen kan det kanske sägas att det hypotetiska provet är mer användbart, då — såsom vid förfångsbedömningen — valet gäller total eller partiell hävning än då alternativet till totalhävning är skadestånd eller prisnedsättning. Det hypotetiska provet vid förfångsbedömningen skulle avse frågan, om köparen hade varit villig att sluta ett särskilt avtal rörande den del av godset han skulle få behålla vid en endast partiell hävning. Man behöver alltså inte dra in påföljderna i själva det hypotetiska provet. Partiell hävning vid successiv leverans kan emellertid kompletteras med skadestånd för den genom godsets delning uppkomna förlusten,[4] och då kompliceras genast bilden. Vidare är det, som vi skall se i det följande,[5] inte tillräckligt för totalhävning att köparen vållas skada eller olägenhet genom en endast partiell hävning. Det måste vara fråga om *väsentlig* skada eller olägenhet. Man ställs då inför exakt samma svårigheter vid utformningen av det hypotetiska provet som då det är fråga om att mäta kontraktsbrottets väsentlighet.

Man kommer alltså fram till att förfångsbedömningen måste ske efter *mer objektiva kriterier,* men ändock avse *den konkreta skada* som skulle uppkomma för borgenären. Det är ju också denna mätningsmetod som enligt den numera förhärskande uppfattningen skall användas vid väsentlighetsbedömningen. Det finns inga skäl att tro att en annan mätningsmetod skulle vara lämpligare vid förfångsbedömningen.

Som ett korrektiv mot den hårdhet mot gäldenären som en konkret bedömning kan innebära i vissa fall, har man vid tillämpning av väsentlighetsregeln uppställt ett synbarhetsrekvisit. Gäldenären skall ha känt till eller åtminstone bort känna till de särskilda omständigheter i borgenärens situation som gör kontraktsbrottet väsentligt. Säkert bör man vid en förfångsbedömning, som bygger på den individuelle borgenärens situation, uppställa ett motsvarande synbarhetsrekvisit. Gäldenären skall ha känt till eller åtminstone bort känna till de faktiska omständigheter som medför att borgenären skulle vållas skada eller olägenhet genom en endast partiell hävning.

Den andra huvudfrågan rörande förfångsregelns innehåll är *hur stort* "förfånget", d v s skadan eller olägenheten för borgenären, skall vara för att hävningsrätten skall utvidgas till hela avtalet.

Av lagtextens ordalydelse framgår över huvud inte att förfångs-

[3] Se ovan s. 21 ff.
[4] Se nedan under 3.
[5] Nedan s. 132.

regeln inkluderar ett väsentlighetskrav, och att det alltså inte räcker med vilken som helst mätbar skada eller olägenhet. Att ett sådant krav gäller framgår emellertid klart av förarbetena. Total hävningsrätt skall enligt kommittén inträda endast då återstoden av godset "på grund af det inbördes sammanhanget skulle blifva för köparen onyttigt eller af väsentligen minskad användbarhet". Som exempel nämner man att köpet avser olika delar av en maskin, som inte oberoende av varandra kan användas för det avsedda ändamålet.[6] Det lär inte vara möjligt att i en generell formel närmare ange innehållet i detta väsentlighetskrav. Kanske ställer man olika krav på väsentlighet beroende på omständigheterna.[7] Tydligt är emellertid att lagstiftaren tänkt sig att förfångsregeln skulle medföra total hävningsrätt endast i relativt sällsynta undantagsfall. Den utjämnar alltså endast i ringa mån den skillnad som enligt huvudreglerna föreligger i rätten att häva hela köpet beroende på om successiv leverans är avtalad eller ej.

Då det blir fråga om att häva hela köpet med stöd av förfångsregeln, måste också *väsentlighetsbedömningen* av kontraktsbrottet omprövas. För rätten att häva beträffande den eller de poster som direkt berörs av kontraktsbrottet, skall detta vara väsentligt i förhållande till den mängd gods eller värdet av det gods som bort levereras i dessa poster. Om hela köpet skall kunna hävas, måste kontraktsbrottet vara väsentligt även i relation till mängden eller värdet av allt gods som skall levereras enligt avtalet.[8] För att köparen vid successiv leverans skall kunna häva hela köpet fordras alltså, *dels* ett samband mellan de olika posterna som gör att godsets värde reduceras avsevärt vid en delning, *dels* att kontraktsbrottet är väsentligt i förhållande till helheten.

[6] NJA II 1906 N:r 1 s. 45. Se även Bengtsson, § 14 vid n. 14.

[7] Jfr ovan s. 72 ff. Väsentlighetsregeln hör till de regler, vilkas innehåll är oklart beträffande fall som ligger i en viss "gränszon". Vid bedömningen av dessa fall ligger det nära till hands att låta andra omständigheter än väsentligheten bli avgörande för utgången. Detta innebär, sett från andra hållet, att väsentlighetskravets innehåll varierar beroende på omständigheterna. Då omständigheterna i fallet talar för hävning, räcker det med lägre grad av väsentlighet än då omständigheterna talar emot hävning. Vid tillämpning av förfångsregeln kan man tänka sig, att t ex graden av skuld å gäldenärens sida och de olägenheter för gäldenären som totalhävning skulle innebära, tilläggs betydelse i tveksamma fall. Om gäldenären betett sig på ett klandervärt sätt och kontraktsbrottet rör den första posten, ställer man kanske lägre krav på väsentlighet än då gäldenären är utan skuld till det inträffade och redan hunnit fullgöra en stor del av avtalet. Jfr även nedan s. 206 ff, där det hävdas att även andra omständigheter än risken för ett upprepande kan ha betydelse för borgenärens rätt att häva på grund av anteciperat kontraktsbrott.

[8] Almén, § 22 vid n. 20, Bengtsson, § 14 vid n. 15.

3 Förfångsregelns innehåll måste granskas i ytterligare ett avseende. Problemställningen framgår klarast vid en jämförelse med innehållet i den vanliga väsentlighetsregeln. Väsentlighetskravet i 21 § och 42, 43 §§ avser *kontraktsbrottets väsentlighet*. Man mäter den skada och olägenhet som uppkommit genom kontraktsbrottet. Rätten till skadestånd påverkar *inte* kontraktsbrottets väsentlighet. Borgenärens skada utgörs av skillnaden mellan hans förmögenhetsställning sådan den skulle ha varit om kontraktsbrottet inte inträffat, och sådan den nu är, *frånsett det ekonomiska värde som hans rätt till skadestånd (eller prisnedsättning) representerar*. Frågan är om man även vid förfångsbedömningen skall bortse från den rätt till skadestånd för den genom godsets delning uppkomna förlusten, som kan tillkomma köparen.

För att konkretisera framställningen skall jag ta ett exempel: En person har inköpt en komplett stereoanläggning. Högtalarna skall enligt avtalet levereras senare än den övriga delen av anläggningen. Det är alltså fråga om successiv leverans. Säljaren kan emellertid inte få fram högtalarna till avtalad tid. Om lämpliga högtalare skall inköpas separat, måste köparen betala betydligt mera än det pris som åsatts högtalardelen i den kompletta anläggningen. Köparen vill nu häva hela köpet och skaffa sig en annan komplett anläggning på annat håll. Säljaren motsätter sig emellertid detta och *erbjuder sig att betala skadestånd motsvarande det överpris köparen måste betala för en separat högtalardel* samt en lämplig summa för det besvär och den olägenhet som vållats köparen. *Kan köparen under sådana förhållanden hävda att förfångsrekvisitet är uppfyllt och genomdriva en totalhävning?*

Denna fråga leder över till en annan likartad fråga. I mitt exempel var omständigheterna tydligen sådana att partiell hävning jämte skadestånd ställde sig fördelaktigare för säljaren än totalhävning. Det kan emellertid också förhålla sig så att köparen vill häva endast partiellt, medan totalhävning ur säljarens synpunkt är att föredra. Det kan ju vara den del av godset som *säljaren* får behålla vid en endast partiell hävning, vilken förlorar i värde vid godsets delning. Säljaren i vårt exempel kan t ex ha svårt att avyttra högtalardelen separat. Att säljaren föredrar totalhävning kan också bero på att en relativt stor del av köpeskillingen lagts på den del av godset han skulle få behålla vid en endast partiell hävning. Fråga uppkommer då *om säljaren kan motsätta sig att köparen häver endast partiellt och fordra att hävningen skall omfatta hela köpet.*

En tredje fråga, som har ett mycket nära samband med den närmast föregående, är *i vad mån köparen har rätt till skadestånd i sam-*

band med partiell hävning. Om han inte kan häva totalt, är det klart att han måste ha en sådan rätt, men hur är läget om säljaren är villig att ta tillbaka hela godset? Antag att i vårt exempel säljaren är villig att låta hela köpet gå åter och också går med på att låta köparen behålla skivspelaren och förstärkaranläggningen till de i avtalet åsatta priserna, men dock vägrar att — om köparen väljer det senare alternativet — kompensera köparen för det överpris denne måste erlägga vid köp av en separat högtalardel. Är köparen under dessa förhållanden berättigad till skadestånd motsvarande överpriset?

Dessa tre frågor erbjuder en likartad problematik. I alla tre fallen är det fråga om gäldenären kan motsätta sig, att borgenären väljer den av flera tillgängliga påföljder med full eller i det närmaste full reparativ effekt, som i det konkreta fallet är särskilt oförmånlig för gäldenären. Å ena sidan står borgenärens intresse av att kunna välja den av flera möjliga påföljder han föredrar och även intresset av att inte genom svårtolkade begränsningar i borgenärens valrätt komplicera regelsystemet, och å andra sidan intresset av att gäldenären inte onödigtvis tillskyndas skada. Någon generell princip på denna höga abstraktionsnivå kan knappast uppställas. De mot varandra stående intressena väger olika tungt i olika typsituationer. Dock kan det finnas skäl att anknyta till de principlösningar som utbildats då successiv leverans icke är avtalad.

Borgenärens rätt att välja totalhävning i stället för partiell hävning, skadestånd eller prisreduktion är utanför successiv leverans *inte* begränsad av att den valda påföljden i det konkreta fallet vållar gäldenären skada.[1] Man kan emellertid inte utan vidare överföra denna princip till successiv leverans. Köplagens bestämmelser om successiv leverans ger det intrycket att man velat begränsa rätten till totalhävning så långt som möjligt. Om förfångsregeln skall tolkas i denna anda, bör totalhävning vara utesluten då partiell hävning jämte ersättning för delningsskada ger tillfredsställande reparativ effekt. Köparen i vårt exempel skulle alltså inte kunna fordra totalhävning, om säljaren är be-

[1] En annan sak är att förekommande begränsningar i borgenärens hävningsrätt, främst väsentlighetskravet, motiveras av att hävningspåföljden *i ett stort antal fall* medför förluster och kostnader för gäldenären. Det är också möjligt att domstolarna i viss utsträckning kan ta hänsyn till den skada eller olägenhet som i det konkreta fallet skulle drabba gäldenären genom hävning, t ex genom att i dessa fall kräva en relativt hög grad av väsentlighet. Domstolarna torde också ha möjlighet att i vissa *typfall*, där hävning generellt sett medför särskilt stora skador för gäldenären, t ex vid köp av specialtillverkade varor, begränsa rätten till totalhävning, se ovan s. 40 och s. 73 n. 5.

redd att ersätta honom för det överpris han måste betala vid inköp av högtalardelen separat.

Då det gäller *borgenärens rätt att välja partiell hävning* i stället för totalhävning har doktrinen ansett att gäldenären *kan* motsätta sig en endast partiell hävning, då denna i det konkreta fallet medför skada eller olägenhet för honom.[2] Det är tveksamt om man ens uppställer något krav på att skadan skall vara mer betydande. Ståndpunkten motiveras helt allmänt med att hänsyn till gäldenären kräver en sådan lösning. Men fråga är varför hänsyn till gäldenären *just i denna situation* skall väga tyngre än borgenärens intresse av att välja den påföljd han föredrar. Den intagna ståndpunkten förutsätter *antingen* att borgenärens intresse av att häva delvis och fasthålla köpet i övrigt inte är lika beaktansvärt som t ex hans intresse av att, då han föredrar detta, kunna häva hela köpet, *eller* att partiell hävning i ett icke ringa antal fall ger upphov till särskilt omfattande skador för gäldenären. Det är väl inte så säkert att det är så man har resonerat inom doktrinen. Den relativt gäldenärsvänliga inställning doktrinen intagit i frågan om borgenärens rätt att välja partiell hävning kan sammanhänga med en kvardröjande uppfattning att partiell hävning är en något dubiös påföljd, som innebär att gäldenären "påtvingas ett nytt avtal". Hur härmed förhåller sig må emellertid lämnas därhän. Det är här inte fråga om någon specialregel för successiv leverans, och det är inte min avsikt att i detta arbete ompröva värderingar och avvägningar, som ligger bakom uppställandet av regler om påföljdsvalet *i allmänhet*.

Även i frågan om köparen kan fordra *ersättning för den förlust som uppkommer genom en endast partiell hävning* måste man anknyta till mer allmänna regler. Köplagen ger inga speciella regler om skadestånd vid successiv leverans. Vanliga regler om skadestånd skall alltså gälla, innebärande bl a att den skada för köparen som uppkommer *genom köpets hävande* i princip skall ersättas av säljaren.

Denna skada kan emellertid vara av olika slag. I avsnittet om hävningens ekonomiska effekt i inledningskapitlet[3] skilde jag mellan de fall där köparens förlust genom hävningen motsvaras av en vinst för säljaren, t ex prisstegringssituationer, och de där hävningen ger upphov till en förlust beroende på att godset i köparens hand har ett övervärde, som säljaren inte kan tillgodogöra sig. I de nu behandlade fallen kan man på motsvarande sätt skilja mellan sådana där en förhållande-

[2] Almén, Tillägg till §§ 42 och 43 vid n. 46, Ussing, Køb § 12 II B (vid successiv leverans) och C (i allmänhet).
[3] Ovan s. 41 med n. 1.

vis stor del av den sammanlagda köpeskillingen lagts på den del av godset som köparen skulle få behålla vid en partiell hävning, och de där godsets delning ger upphov till en värdeminskning i denna del av godset. I de förra fallen är det endast fråga om att skadeståndsvägen återställa en förmögenhetsöverföring som uppkommer i och med hävningen. Här finns det väl ingen anledning att hysa några betänkligheter mot skadestånd. I de senare fallen däremot, ger hävningen upphov till en verklig förlust, och frågan är vem av parterna som skall bära denna. Det måste anses tveksamt om köparen alltid kan fordra ersättning för en förlust, som uppkommit i och med hans eget val av påföljd och vilken kunde ha undvikits, om han valt en annan påföljd.

I inledningskapitlet diskuterades denna fråga mer allmänt och med avseende på rätt till skadestånd för förlorad handelsvinst i samband med hävning. Något bestämt svar kunde inte ges. Olika intressen, svåra att inbördes gradera, står emot varandra. Å ena sidan kan det sägas att köparens rätt att välja viss påföljd blir illusorisk, om den inte kompletteras med ersättning för den förlust som uppkommer genom denna påföljd. Å andra sidan kan det sägas att rätt till skadestånd för detta slags skador kommer i konflikt med en av grundtankarna i köplagen, nämligen att parterna skall tillvarata varandras intressen, och med den skadeståndsrättsliga principen att skadelidande är skyldig att begränsa sin skada, inom köprätten konkretiserad i "skyldigheten" att företa täckningsköp. Dessa mot varandra stående intressen väger olika tungt i olika typsituationer.

I den nu diskuterade situationen är det fråga om köparens intresse av att kunna välja partiell hävning även då totalhävning är tillåten. Denna rätt blir i många fall illusorisk, om han inte har rätt till ersättning för delningsskada. Hur tungt väger detta intresse? Väger det tyngre än säljarens motstående intresse av att slippa utge ersättning för en skada, som kunde ha undvikits om köparen valt en annan påföljd?

Ja, härom kan man ha olika meningar. Klart är emellertid att två frågor måste lösas *i ett sammanhang och på samma sätt*, nämligen frågan om säljaren kan motsätta sig en endast partiell hävning, då en härigenom uppkommen delningsskada drabbar *honom*, och frågan om köparen kan fordra ersättning för sådan skada. I det ena fallet är det visserligen fråga om rätt att häva och i det andra om rätt att fordra skadestånd, men det är ju fråga om precis samma slags skada. Det kan inte göra någon skillnad om skadan drabbar säljaren direkt, i och med själva hävningen, eller indirekt, genom att skadan ersättningsvägen överförs på honom. Som ovan nämnts vill doktrinen ge även säljaren rätt

att motsätta sig en endast partiell hävning, då denna skulle medföra förfång för honom. Om man accepterar denna regel, måste den också gälla påföljdskombinationen partiell hävning jämte ersättning för delningsskada.

4 Köpare, som på grund av kontraktsbrott beträffande en post kan häva både beträffande denna och följande poster, kan också välja att häva endast beträffande den felaktiga eller fördröjda posten och fasthålla köpet beträffande kommande poster *eller* behålla den felaktiga eller fördröjda posten och häva *endast* för framtiden.[1]

Att en köpare, som vill häva beträffande den felaktiga eller fördröjda posten, inte är tvungen att häva även för framtiden, ter sig självklart, om man närmare granskar den situation som skulle uppkomma om en motsatt regel gällde. Tillämpning av en sådan regel blir aktuell, då säljaren av någon anledning vill att hävningen skall omfatta även följande poster. För att genomdriva sin ståndpunkt skulle han bara behöva förklara, att han nog inte heller i fortsättningen kommer att leverera kontraktsenligt. Efter en sådan förklaring kan det "skäligen befaras" att kontraktsbrottet kommer att upprepas, och köparen *kan* alltså häva för framtiden. Om han därför också skulle *vara tvungen* att häva även för framtiden, skulle säljaren alltid — ej blott då han därigenom lider förfång — kunna motsätta sig en endast partiell hävning. Detta kan inte vara meningen.

Påtagliga ändamålsskäl talar emellertid också för att ge köparen rätt att behålla den felaktiga eller fördröjda posten och häva *endast för framtiden*. Köparen kan behöva varan omedelbart och sakna möjlighet att omgående täcka sitt behov av varan på annat håll. Den försenade eller felaktiga posten kan vara bättre än inget gods alls. Detta hindrar inte att köparen kan ha både möjlighet och intresse av att *för framtiden* täcka sitt behov av varan på annat håll. Köparen kan alltså ha ett legitimt intresse av att behålla den felaktiga eller försenade posten, men häva för framtiden. Det är svårt att inse varför säljaren skulle ha rätt att motsätta sig en sådan lösning, särskilt i fall där denna inte innebär någon betydande olägenhet för honom.[2]

[1] Almén, § 22 vid n. 13 a ff., Rodhe, § 38 vid n. 20, Ussing, Køb § 9 II B, NJA 1935 A 48. Annan uppfattning, Winroth, Köp s. 113.

[2] Almén, § 22 vid n. 18, är något tveksam, men kommer fram till att köparen har en sådan rätt på den grunden att de olika posterna enligt lagens grundtanke är att betrakta som separata avtal. Alméns tveksamhet skall ses mot bakgrund av hans uppfattning att köparen utanför successiv leverans inte kan häva delvis

B. Köparens kontraktsbrott

29 § lyder: "Är vid köp av gods, som skall avlämnas efter hand i särskilda poster, köparen pliktig att erlägga betalning särskilt för varje post, och inträffar i avseende å betalningen för någon post dröjsmål, som enligt 28 § första stycket kan komma i betraktande, äge säljaren häva köpet beträffande de poster, som senare skolat avlämnas, dock ej där all anledning saknas att befara dröjsmålets upprepande."

1 Den första fråga som inställer sig är hur denna regel förhåller sig till huvudregeln om säljarens hävningsrätt i 28 §. I vilken utsträckning är 28 § tillämplig *även* vid successiv leverans?

Klart är att rätten att häva beträffande den post till vilken dröjsmålet hänför sig skall bedömas enligt 28 §. Säljaren kan alltså, om dröjsmålet är väsentligt sett i relation till den post som direkt berörs, häva beträffande denna post, även om han skulle sakna rätt att häva köpet i övrigt. Vidare är det klart att 28 § andra stycket, enligt vilken regel säljaren ej kan häva beträffande gods som kommit i köparens besittning, är tillämplig även vid successiv leverans. Säljaren vid successiv leverans kan alltså inte, ens då han lider förfång genom att delvis vidbli köpet, häva beträffande redan fullgjorda leveranser.

29 § handlar endast om hävningsrätten beträffande *poster som ännu ej avlämnats eller skolat avlämnas*. Om ett väsentligt dröjsmål, sett i relation till den post som berörs, inträffat, kan säljaren häva beträffande poster som skolat avlämnas senare, "dock ej där all anledning saknas att befara dröjsmålets upprepande". Hur förhåller sig nu denna regel till huvudregeln i 28 §, som vid dröjsmål med en icke oväsentlig del av betalningen ger säljaren total hävningsrätt?[1] Tillämpad på successiv leverans skulle denna sistnämnda regel innebära, att säljaren vid ett dröjsmål, som visserligen endast berör viss post men som dock måste anses väsentligt även i relation till de poster som ännu icke bort levereras, kunde häva köpet jämväl beträffande dessa senare poster, *även om all anledning saknades att befara ett upprepande*. Innebär nu

och behålla återstoden om godset är "likadant rätt igenom". Enligt min uppfattning bör köparen även utanför successiv leverans normalt kunna behålla viss del av fördröjt eller felaktigt gods och häva beträffande återstoden, se ovan s. 77.

[1] Enligt 28 § skall vid handelsköp varje dröjsmål med betalningen medföra hävningsrätt för köparen. Enligt doktrinen skall emellertid den särskilda bestämmelsen i 21 § 2 st. tillämpas analogt vid köparens dröjsmål med en del av betalningen. Se härom närmare ovan s. 118. Jfr också Köplagskommitténs nedan i texten vid n. 1a citerade yttrande, där det förutsätts att säljarens hävningsrätt är begränsad av ett väsentlighetskrav.

29 § att denna regel sätts ur spel? Skall man anta att 29 § *fullständigt* reglerar rätten att vid successiv leverans häva beträffande kommande poster, eller skall 29 § läsas som *en komplettering, en utvidgning* av den rätt att häva hela köpet som enligt 28 § första stycket tillkommer säljaren?

Motsvarande spörsmål rörande köparens hävningsrätt vid successiv leverans är uttryckligen löst i 22 och 46 §§. Köparen kan *inte* med stöd av väsentlighetsregeln häva köpet beträffande poster som ej direkt berörs av kontraktsbrottet,"... vare köparen ej på grund av vad i 21 §/här förut är stadgat berättigad att häva köpet i vidare mån, än såvitt rörer sagda post". I avsaknad av ett motsvarande klargörande i 29 § måste man ställa frågan, om en *säljare,* som utsatts för ett *väsentligt* kontraktsbrott, kan häva för framtiden, även då det inte finns någon anledning att befara ett upprepande av kontraktsbrottet. Lagens ordalydelse och redigering tillåter båda läsarterna.

Köplagskommitténs uttalanden tyder på att man i första hand avsett regeln i 29 § som en *utvidgning,* och ej som någon begränsning av den rätt att häva för framtiden som enligt 28 § skulle tillkomma köparen: "Har aftal om successiv leverans slutits på villkor, att köpeskillingen skall erläggas särskildt för hvarje i leveransen ingående post, och fördröjes i något fall betalningen, kan ifrågasättas, huruvida den i 28 § föreslagna påföljd af dröjsmål med betalnings erläggande bör utan någon jämkning komma till användning. Är dröjsmålet väl icke så väsentligt, att det enligt berörda paragraf skulle kunna föranleda häfvande af köpet i dess helhet, men dock af den betydenhet, att säljaren bör äga häfva köpet beträffande den post, hvarför betalning icke behörigen erlagts, kan säljarens rätt näppeligen anses tillräckligt tillgodosedd, om den inskränkes till sistnämnda befogenhet."[1a] I den först citerade meningen antyds att en *jämkning* — ej något upphävande — av huvudregeln i 28 § är erforderlig vid successiv leverans. I nästa mening sägs att jämkningen är erforderlig för fall där kontraktsbrottet inte är tillräckligt väsentligt för att jämlikt 28 § medföra hävningsrätt för framtiden. Detta uttalande implicerar ju, att om kontraktsbrottet *är* tillräckligt väsentligt, så föreligger rätt att häva för framtiden jämlikt 28 §. Almén avfärdar detta uttalande som "vilseledande" och hänvisar återigen till grundtanken i köplagen om de olika posterna vid successiv leverans som från varandra skilda avtal. "Enligt 1905 års lag lärer nämligen storleken eller betydelsen av den post, med vars leverering eller betalning

[1a] NJA II 1906 N:r 1 s. 59.

dröjsmål äger rum, aldrig medföra rätt att häva köpet, "i vidare mån än så vitt rörer sagda post"."[2]

Alméns uppfattning tycks ha blivit normerande för doktrinens tolkning av 29 § i det avseende som nu diskuteras. Man har inte ens övervägt möjligheten av att säljaren *med stöd av 28 §* skulle kunna häva köpet även beträffande poster som ännu ej bort levereras. Problemet har emellertid inte ställts på sin spets i något HD-avgörande. Skillnaden mellan de båda uppfattningarna ger utslag endast då det inträffade kontraktsbrottet är väsentligt även med hänsyn till köpet i dess helhet, men det ändock saknas all anledning att befara ett upprepande. Sådana fall kan mycket väl tänkas förekomma. Problemet skall därför tas upp ännu en gång i avsnittet om hävningsrätt på grund av anteciperat kontraktsbrott.[3]

2 Eftersom 29 § saknar uttrycklig motsvarighet till den regel som upphäver borgenären-köparens rätt att häva hela köpet på grund av det inträffade kontraktsbrottets väsentlighet, saknas också motsvarighet till förfångsregeln i 22 och 46 §§. Detta kan bero på att säljaren mindre ofta än köparen lider skada genom godsets delning, eftersom den förre genomsnittligt sett har större möjligheter att tillgodogöra sig det potentiella värdet av t ex en del av en komplett anläggning.[4] Förklaringen kan emellertid också ligga i att lagstiftaren utgått från att säljaren, i de fall där han skulle lida förfång genom att delvis vidbli köpet, kan häva för framtiden med stöd av andra regler, antingen 29 § *eller 28 § första stycket om total hävningsrätt vid väsentligt kontraktsbrott*. Avsaknaden av en särskild förfångsregel bör därför tillmätas viss betydelse vid tolkningen av 29 §.[5]

Om säljaren kan häva såväl beträffande den post till vilken dröjsmålet hänför sig som beträffande följande poster, kan han, på samma sätt som köparen i motsvarande situation, begränsa hävningen till den post för vilken betalning ej erlagts och fasthålla köpet i övrigt, *eller* vidhålla köpet beträffande den förstnämnda posten och häva för framtiden.[6]

Till det rättsföljdskomplex som är anknutet till successiv leverans hör också den regel som begränsar *detentionsrätten* till vederlaget för

[2] Almén, § 29 n. 7.
[3] Nedan s. 208 ff.
[4] Jfr Winroth, Köp s. 162. Almén, § 29 n. 3, påpekar skillnaden, men kommenterar den inte.
[5] Jfr nedan s. 210.
[6] Almén, § 29 vid n. 10 ff, jfr ovan under A 4.

den post som berörs av kontraktsbrottet. Denna regel har utförligt beskrivits i föregående kapitel.[7] Här nöjer jag mig med att erinra härom. I nästa avsnitt skall jag ta upp bakgrunden till detentionsrättens begränsning vid successiv leverans och diskutera det ändamålsenliga i de regler som anses vara gällande rätt på området.

[7] Ovan 2 kap. III 2.

II. Teorier och ändamålsskäl bakom huvudprincipen att hävningsrätten och detentionsrätten är begränsad till ej kontraktsenligt levererad eller betald post

Gemensamt för regler om hävning vid successiv leverans i olika rättssystem är att dröjsmål eller fel beträffande del av den samlade prestationsskyldigheten inte utan vidare medför rätt att häva hela köpet. Hävningsrätten beträffande poster, som ej direkt berörs av kontraktsbrott, inskränks på olika sätt, i vart fall om de redan hunnit levereras.

I huvudsak två sätt att lösa de problem med avseende på hävningsrättens omfattning som uppkommer vid successiv leverans, har kommit till användning. Dessa avspeglar i sin tur två olika uppfattningar om *varför* hävningsrätten bör begränsas vid successiv leverans.

Enligt den ena uppfattningen skall skyldigheten att leverera och betala de olika posterna betraktas som härrörande ur *från varann skilda avtal*. Avtal om successiv leverans upplöser eller åtminstone försvagar den konnexitet mellan *hela* den överenskomna prestationsskyldigheten å ömse sidor, som annars föreligger då prestationsskyldigheten härrör ur ett och samma avtal. Olika frågor rörande hävningsrättens — och även detentionsrättens omfattning — löses enligt en och samma formel, "som om de olika posterna vore skilda avtal". Enligt den andra uppfattningen utgör prestationsskyldigheten beträffande de olika posterna en enhet. Kontraktsbrott rörande en post får betydelse även för övriga poster, såvida ej särskilda skäl talar emot en sådan lösning. Det är den förra uppfattningen som ligger bakom köplagens bestämmelser i ämnet.[1]

[1] Så enligt Almén, som var sekreterare i den svenska köplagskommittén, Almén, § 22 efter n. 4 ff. samt vid n. 18, § 29 vid n. 11, Hellner, Köprätt 9.5, Winroth, Köp s. 112 ff., Andersen, Kjøpsrett s. 120, Stang-Solem, s. 158, Ussing, Køb 9 II B.

A. Teorin om de olika posterna som skilda avtal; divisible contracts i engelsk rätt

1 Att de olika posterna skall betraktas som om de härrörde ur skilda avtal kan uppfattas som blott och bart en *beskrivning* av vissa regler om successiv leverans, främst huvudregeln att köparens hävningsrätt är begränsad till den post som direkt berörs av kontraktsbrottet. Konstruktionen med de olika posterna som skilda avtal brukar emellertid också anföras som *"grunden"* för de rättsregler som beskrivs.[2]

I köplagens förarbeten finner man inte några uttalanden, av vilka närmare framgår *av vilken anledning* hävningsrätten vid successiv leverans bör begränsas som om prestationsskyldigheten härrörde ur skilda avtal. I de svenska förarbetena nämner man över huvud icke denna konstruktion. Inte heller åberopar man några egentliga ändamålsskäl. Man säger endast i anslutning till 22 §, att det skulle vara "obilligt" att på grund av ett enstaka dröjsmål, som kanske är säljaren otillräkneligt, ge köparen total hävningsrätt.[3] Vid avtal om engångsprestationer har dock köparen total hävningsrätt vid säljarens dröjsmål med del av prestationsskyldigheten, och det sägs ingenting om varför det skulle var obilligt att tillämpa samma regel vid successiv leverans. Inte heller inom den senare skandinaviska doktrinen har man gjort något försök att närmare utreda bakgrunden till konstruktionen om de olika posterna vid successiv leverans som från varann skilda avtal. Det kan därför vara av intresse att granska motsvarande konstruktion i engelsk rätt, där den ägnats mer intresse och fått en skarpare utformning.

2 Om hävningsrätt föreligger enligt engelsk rätt, omfattar den i regel hela prestationsskyldigheten enligt avtalet. Denna uppfattas primärt som en i påföljdshänseende odelbar enhet.[1] Detta gäller emellertid inte avtal som är "divisible" eller "severable". Ett avtal är divisible om viss del av priset svarar mot viss del av den motstående prestationen *och är betalbar för denna del.*[2] Att säljaren skall leverera godset i olika poster

[2] Almén, Tillägg till § 22 vid n. 10: "Grunden till att man i 22 § för nämnda befogenhet uppdragit tämligen snäva gränser ligger tydligen i ... vara att anse såsom ett flertal fristående avtal."

[3] NJA II 1906 N:r 1 s. 45.

[1] Se t ex Chesire and Fifoot, s. 487 vid marginalrubriken "Partial performance gives no right to payment".

[2] Se Atiyah, s. 190 om successiv leverans: "The contract may be an indivisible contract in which the price is to be paid as one sum, and not separately for

är alltså inte tillräckligt. Dessutom fordras att *köparen är skyldig att erlägga betalning särskilt för varje post.* Sådan skyldighet förutsätter en särskild överenskommelse härom. Om ingen överenskommelse träffats om hur betalningen skall erläggas gäller i engelsk rätt — i motsats till i skandinavisk rätt — att betalning skall erläggas först sedan allt godset levererats. I detta fall gäller vanliga regler om hävningsrätt, d v s kö-

each instalment; and, secondly, the contract may be divisible in the sense that each instalment is to be paid for separately, although there is still only one contract." Uttrycken "divisible" och "severable" används också i andra betydelser. Om det i undantagsfall förhåller sig så att det inte existerar något avhängighetsförhållande mellan prestationerna i ett ömsesidigt förpliktande avtal, sägs avtalet vara "divisible". Om ena parten då inte fullgör sin prestationsskyldighet eller del av den, kan andra parten inte häva ens delvis, eftersom hans prestationsskyldighet är "independant" av att andra parten fullgör sin. T ex anses arrendatorns skyldighet att erlägga arrendeavgiften vara oberoende av att jordägaren fullgör sin reparationsskyldighet. Om "divisible" i denna betydelse se t ex Chesire and Fifoot, s. 489 f. Att ett avtal om successiv leverans är "divisible" betyder endast att det avhängighetsförhållande som normalt existerar mellan parternas prestationer som helheter begränsas till de delar av prestationsskyldigheten å ömse sidor som svarar mot varandra. — Uttrycket "severable" används också då ett avtal innehåller bestämmelser som strider mot lag, t ex ett alltför omfattande konkurrensförbud, och fråga är om den ogiltiga delen av avtalet kan avskiljas från avtalet i övrigt, som i så fall förblir giltigt. Om "severable" i denna betydelse se t ex Chesire and Fifoot, s. 358 ff. och Chitty, General Principles nr 889 ff. Även här noterar man oviljan i engelsk rätt mot att låta domstolen "make a new contract for the parties". De flesta författare framhäver, att ett avtal som är "divisible", dock är ett enda avtal, men vissa författare, bland dem Benjamin, gör inte någon skarp åtskillnad mellan transaktioner som innefattar flera avtal och transaktioner som är "divisible", se Benjamin, s. 190: "The question whether a contract for several things be an entire contract for all, or divisible up into as many contracts as the different articles, depends upon the intention of the parties and the circumstances of the case". Att priset är "a lump sum" eller att köp rörande de olika sakerna slutits vid olika tillfällen eller att köpet beträffande den ena saken är absolut och beträffande den andra villkorat talar för att det föreligger flera skilda avtal. Denna definition ges i framställningen om det numera upphävda formkravet vid köp av lös egendom överstigande ett visst värde, och avser alltså distinktionen mellan transaktioner som utgör ett enda avtal (om köp av gods med ett värde överstigande värdegränsen) och transaktioner innefattande flera skilda avtal (vart och ett av dem avseende gods som ej överstiger värdegränsen).

Vid kommenteringen av uttrycket "severable" i SGA Sect. 11 (c) hänvisas emellertid till framställningen om formkravet *och* till framställningen om successiv leverans, s. 561 n. a. Då Williston, som energiskt framhäver att ett avtal som är "divisible" dock är ett enda avtal (och som också drar ut konsekvenserna av denna uppfattning i rättsföljdshänseende), anmärker på att det inte är ovanligt att termerna "entire", "indivisible" och "divisible" används på ett förvirrande och felaktigt sätt, se On contracts, s. 291 vid och i n. 2, är det främst denna betydelseglidning han är ute efter.

paren kan häva hela avtalet, så snart någon del av godset icke levereras kontraktsenligt.[3]

Om avtalet är "divisible" behandlas det däremot inte längre som en enhet i påföljdshänseende. Av intresse är regeln att köparen inte kan vägra acceptance av en post, som erbjuds "in due course of performance", och att denna acceptance avskär honom från att häva beträffande denna post, även om det senare skulle visa sig att följande poster inte levereras korrekt. Vidare gäller att betalning för eller leverans av en post inte är någon "condition precedent" för skyldigheten att leverera eller betala för poster som skall levereras senare.[4] Denna senare regel kan spaltas upp i två: Borgenären kan inte, i anledning av ett inträffat kontraktsbrott beträffande en post, häva även beträffande ännu icke förfallna poster, och han kan inte heller temporärt innehålla viss post eller betalning för viss post, därför att gäldenären inte fullgjort sin prestationsskyldighet beträffande annan post som levererats eller bort levereras tidigare.

Dessa regler — som har ungefär samma innehåll som motsvarande regler i köplagen — förklaras utifrån *allmänna avtalsrättsliga grundsatser*. Genom att överenskomma om successiv leverans med betalning särskilt för varje post har parterna deklarerat sin avsikt att förutsättningen för vardera partens löfte såtillvida skall betraktas som delbar, att motpartens delvisa kontraktsbrott skall kompenseras med skadestånd, såvida inte kontraktsbrottet i det särskilda fallet kan visas "go to the root of the contract".[5]

Om man närmare granskar denna "förklaring" finner man, att antingen bygger den på en fiktion eller också är den skäligen innehållslös. Det kan inte vara fråga om ett verkligt avtal. Av att parterna överenskommit att varje post skall betalas särskilt, följer inte att de även tänkt sig att hävningsrätten vid ett eventuellt kontraktsbrott skall vara begränsad till den post som direkt berörs.[6] Det måste alltså vara fråga om ett fingerat avtal, och man är då tillbaka till frågan om vilka ändamålsöverväganden som *i själva verket* ligger bakom reglerna.

"Förklaringen" är ändock genom sin — om än blott formella — anknytning till avtalsrättsliga grundsatser intressant. Att man valt detta

[3] Om rätten att häva vid successiv leverans då avtalet inte är "divisible" se t ex Atiyah, s. 191. "Hence, in these cases a partial breach is to be treated in the same way as a total breach (— — —)."

[4] Se t ex Benjamin, s. 734 ff., sammanfattande om särregler vid successiv leverans.

[5] Benjamin, s. 734.

[6] I vissa fall kan dock en överenskommelse om sättet för betalningens erläggande implicera en överenskommelse i hävningsfrågan, se nedan under III B 2.

sätt att förklara begränsningarna i borgenärens påföljdsrätt kan sammanhänga med den i engelsk rätt så uttalade motviljan mot partiell hävning som juridiskt institut.[7] Förklaringens funktion skulle då vara att genom anknytningen till en — om ock i verkligheten fiktiv — partsvilja försvara reglerna mot invändningen att "parterna påtvingas ett nytt avtal".

Motviljan mot partiell hävning har inte varit något för engelsk rätt specifikt drag. Samma motvilja mot mer begränsade påföljder än totalhävning gjorde sig gällande i äldre skandinavisk doktrin, när konstruktionen om de olika posterna som från varann skilda avtal utbildades.[8] Denna motvilja var visserligen delvis övervunnen vid tiden för köplagens tillkomst, men föreställningen om de olika posterna vid successiv leverans som från varann skilda avtal kan ha släpat med[9] i alla fall, därför att man inte omprövat dess innehåll och konsekvenser.

Att den förklaring som i förarbeten och doktrin anförs till stöd för en viss regel vid närmare påstående visar sig vara intetsägande, behöver inte betyda att den regel som förklaras skulle sakna stöd i verkliga ändamålsöverväganden. Det måste — åtminstone beträffande regelsystemet i stort — förutsättas att detta bygger på verkliga ändamålsöverväganden. Om en teori rörande en viss regels "rättsgrund" visar sig vara innehållslös eller t o m felaktig, så beror det i regel på att de ändamålsöverväganden som drivit fram regeln inte kunnat infogas i den vedertagna juridiska systematiken och det vedertagna juridiska värderingssystemet. Åtminstone beträffande regelsystemet i stort gäller, att det inte är "teorier" av detta slag som givit upphov till reglerna utan tvärtom.

Det sätt, på vilket en viss regel förklaras och infogas i den juridiska systematiken, kan emellertid få en mer självständig betydelse och i sin tur påverka innehållet i den efterföljande regelbildningen på området.[1] Antag att föreställningen om de olika posterna som olika avtal tillkommit för att ge en "juridiskt" godtagbar förklaring till regeln att köpet inte kan hävas beträffande redan fullgjorda leveranser, en regel som utan tvivel bärs upp av tungt vägande ändamålsskäl. *Andra regler,* som förklaras med stöd av samma konstruktion behöver inte vara lika sakligt välunderbyggda, utan kan ha tillkommit enbart genom deduktion ur den ifrågavarande konstruktionen.

[7] Jfr ovan s. 17 vid n. 7.
[8] Jfr ovan s. 16 vid n. 5.
[9] Denna föreställning var åtminstone i dansk och norsk rätt fullt utbildad före köplagens tillkomst, se Almén, § 22 vid n. 5 med hänvisningar.
[1] Jfr ovan s. 10 ff.

B. Ändamålsskäl bakom de olika reglerna om påföljdsrättens begränsning vid successiv leverans

Av det föregående framgår att de olika regler om hävningsrättens och detentionsrättens begränsning, som förklaras med att en överenskommelse om successiv leverans upphäver eller försvagar konnexiteten mellan de delar av prestationsskyldigheten som skall fullgöras vid olika tillfällen, bör undersökas *var och en för sig*.

1 Huvudregeln om hävningsrättens begränsning till den post som är fördröjd eller felaktig innebär *dels* att köpet inte kan hävas beträffande tidigare levererade poster, *dels* att hävningsrätt ej föreligger beträffande ännu ej förfallna poster.

Regeln att borgenären ej kan häva beträffande redan kontraktsenligt levererade poster är utan tvivel sakligt välunderbyggd. Det normala torde vara att köparen vid successiv leverans förfogar över godset vartefter det levereras på ett sådant sätt att före kontraktsbrottet levererade poster *inte kan återställas*. Hävning beträffande redan levererade poster skulle således i regel inte komma att innebära ett återställande av mottagna prestationer utan en ekonomisk uppgörelse, där köparens prestationsskyldighet beträffande de redan levererade posterna bortföll eller bestämdes enligt en annan norm än det avtalade priset. Tänkbara normer för köparens ersättningsskyldighet är *den behållna vinsten* eller *de levererade posternas värde ("skäligt pris")*.

Ersättningsskyldighet begränsad till den behållna vinsten förordas av den skandinaviska doktrinen då vid avtal om engångsprestationer köpare, som redan hunnit förfoga över godset, häver köpet.[1] Här hör det dock till undantagen att hävningsrätt föreligger oaktat godset icke kan återställas, eftersom förfoganden som skett *efter* det hävningsanledningen uppdagats eller bort uppdagas utgör hinder för hävning. Denna sistnämnda regel skulle inte kunna fungera som någon spärr mot hävning vid successiv leverans, eftersom hävningsanledningen här *inte ens inträffat* vid tiden för förfogandet. Köparen skulle *alltid*, då säljaren begår ett kontraktsbrott, på denne kunna övervältra förluster som uppkommit genom hans egen oförnuftiga eller vårdslösa hantering av tidigare levererade poster. En sådan lösning är av hänsyn till säljaren-gäldenären helt omöjlig.

[1] Se nedan 4 kap. I B 5.

Ersättningsskyldighet motsvarande *godsets värde* innebär att köparen själv får stå förluster, som uppkommit genom vårdslös eller oförnuftig hantering av godset (eller genom casus), och att han endast undgår förluster, som beror på att affären från början eller genom den senare prisutvecklingen blivit ofördelaktig för honom. Denna lösning är inte *lika oförmånlig* för gäldenären-säljaren, men det är å andra sidan svårt att finna några skäl som talar *för* den. Hävningspåföljdens ekonomiska effekt vid ursprunglig eller senare uppkommen skillnad mellan avtalat pris och godsets verkliga värde har i inledningskapitlet karaktäriserats som en *bieffekt av hävningspåföljden* och kan alltså inte utgöra något *skäl för hävning*.[2]

Särskilt vinstersättning men även värdeersättning är *svårhanterliga* påföljder. I synnerhet för parterna själva lär det vara svårt att enas om vad som utgör den behållna vinsten eller skäligt pris på varan. Man finner också att domstolarna, vid tillämpning av regler som ålägger part skyldighet att utge värdeersättning eller skälig ersättning för mottagen prestation, tenderar att hålla sig till ett mellan parterna avtalat pris.[3]

Dessa olägenheter undgås med en regel enligt vilken oförmåga att återställa mottagna poster utgör hinder för hävning. Även en sådan regel skulle emellertid komma i konflikt med vad man kan benämna *trygghetssynpunkten*.

Mer och mer har den synpunkten trängt igenom att man ej genom hävning (eller annan återgångspåföljd) bör riva upp en redan *faktiskt etablerad situation*.[4] Synpunkten gör sig gällande med särskild styrka när den faktiska situationen tillkommit genom ett kontraktsenligt fullgörande av åtagna förpliktelser.[5] Här bör part kunna räkna med att den uppkomna situationen blir bestående. Redan *möjligheten av* att den rivs upp genom senare händelser kan skapa en känsla av osäkerhet

[2] Ovan s. 39 f.

[3] Se t ex Rodhe, § 49 efter n. 4 angående olika sätt att beräkna värdeersättning: "Man behöver ibland icke gå ut och söka efter ett värde som kan läggas till grund för ersättningsbeloppets bestämmande, därför att man redan har ett mellan parterna *avtalat pris* att gå efter." Se vidare a.a. § 51 vid n. 3; nyttjare som behåller nyttjanderättsobjektet efter avtalstidens utgång anses skyldig att betala avtalat pris även för det fortsatta nyttjandet.

[4] Denna synpunkt betonas starkt i modern *fransk* doktrin, Se Jambu-Merlin, Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques (Rev. trim. 1948 s. 271—279) p. 27, Colin et Capitant, nr 238, Ripert et Boulanger, nr 79 f., Planiol et Ripert VI (Esmein), nr 433. Synpunkten framförs främst som ett argument mot att ge hävningen retroaktiv effekt vid typiska varaktiga avtal som t ex hyra.

[5] Lepeltier, s. 312 f., s. 339.

och verka hämmande på berörda parters förvärvsmässiga verksamhet. *Utövande* av hävningspåföljden med full retroaktiv effekt kan innebära en allvarlig störning i denna.

Det är främst denna synpunkt som ligger bakom den numera överallt accepterade principen att hävning av s k varaktiga[6] avtal endast verkar för framtiden. Man brukar i olika rättssystem skilja mellan å ena sidan avtal enligt vilka prestation skall ske kontinuerligt eller i intervaller *under loppet av viss tid, som inte behöver vara på förhand bestämd,* och å andra sidan avtal om engångsprestationer. Typiska varaktiga avtal är hyra och arrende. Utmärkande för de varaktiga avtalen är den betydelse som *tiden* har för innehållet och omfånget av prestationsskyldigheten.[7]

Varaktiga avtal kräver särskilda regler i olika avseenden. Eftersom den tid under vilken prestation skall erläggas ofta inte är på förhand bestämd, fordras utfyllande regler härom. Varaktiga skuldförhållanden sträcker sig ofta över lång tid och får en ingripande betydelse i berörda parters ekonomiska (och även personliga) liv, och det är därför nödvändigt med särskilda regler angående förutsättningar för hävning. Slutligen kan varaktiga avtal i regel inte hävas i redan fullgjorda delar, utan *endast uppsägas för framtiden.*[8]

Successiv leverans av *en på förhand bestämd mängd gods* brukar räknas som en *mellanform* av varaktiga avtal och avtal om engångs-

[6] Termen är Bengtssons, se a.a. § 1 vid n. 6. Den motsvarande tyska termen är Dauerschuldverhältnis, den franska contrat à exécution successive.

[7] Bengtsson, a.st.; avtalen är uppfyllda med att tiden utlöpt, ej med att viss prestation uppfyllts. Larenz I, § 2 VI, beskriver utförligt begreppets innehåll och karaktäristiska rättsföljder anknutna till det.

[8] Se Bengtsson, § 1 (s.5). I *fransk rätt* brukar man säga, att beträffande varaktiga avtal ej résolution utan endast résiliation kan komma ifråga, Planiol et Ripert VI (Esmein) nr 45[2], Ripert et Boulanger nr 80 o. 544, Colin et Capitant nr 250, som dock framhäver, att avtalets bestämmelser rörande priset ej behöver vara tillämpligt på redan utförda prestationer. Även Ripert et Boulanger antyder, att domstolen kan frångå avtalet vid uppskattningen av värdet av prestation som ej kan återställas, a.a. nr 544. Esmein däremot, vill begränsa hävningens retroaktiva effekt på så sätt att avtalets bestämmelser beträffande priset fortsätter att vara tillämpliga vid "faits définitivement acquis", a.a. nr 433. Den genomgående tesen i en fransk doktorsavhandling från 1940 är att contrats à exécution successive *slutna på viss tid* bör med avseende på hävningsrättens omfattning behandlas precis på samma sätt som contrats à exécution instantanée, Corenblit, Critique de la distinction entre les contrats à exécution instantanée et les contrats à exécution successive au point de vue de l'application des articles 1183 et 1184 C civ. Thèse, 1940. I *tysk rätt* skall enligt BGB § 346 utgivna tjänster och nyttjanderätter — alltså prestationer som till sin natur är sådana att de inte kan återställas — vid hävning värderas till det avtalade priset. Hävningen har således i realiteten inte någon retroaktiv effekt i dessa fall.

prestationer.[9] *Vissa* av de synpunkter, som motiverar särskilda regler om hävning vid varaktiga avtal, gör sig också gällande vid avtal om successiv leverans av viss mängd gods. Detta gäller de skäl som talar emot att ge hävningen rektroaktiv effekt, främst trygghetssynpunkten.

Regeln att hävning vid successiv leverans ej omfattar redan kontraktsenligt levererade poster gäller i de flesta rättssystem och är alltså ej nödvändigtvis förbunden med uppfattningen om de olika posterna vid successiv leverans som från varann skilda avtal. Även med utgångspunkt från uppfattningen att de olika posterna utgör en helhet med helt bevarad konnexitet mellan de delar av prestationsskyldigheten som skall fullgöras vid olika tillfällen, har man kommit fram till att hävning ej bör tillåtas beträffande kontraktsenligt levererade poster.[10]

2 Det är inte lika lätt att inse vilka skäl som talar emot att låta hävningen omfatta *ännu ej förfallna poster* (även om det inte föreligger någon risk för ett upprepande). Det är inte lätt att finna en förklaring till att i följande situationer olika regler gäller beroende på om successiv leverans är avtalad eller icke: Säljaren erbjuder hälften av den avtalade mängden, men förklarar samtidigt att han inte kan (eller vill) leverera återstoden. Redan innan någon del av godset hunnit mottas, står det alltså klart att endast hälften av den avtalade mängden kommer att levereras. Om det är överenskommet att godset skall levereras i två poster, är köparen ändock skyldig att ta emot den erbjudna posten. Sådan skyldighet har han icke om godset enligt avtalet bort levereras på en gång.[1] Exemplet kan förändras så att den erbjudna posten är behäftad med ett allvarligt fel, men det inte finns någon anledning att tro att också andra hälften kommer att vara felaktig. Endast om successiv leverans är avtalad, är köparen skyldig att ta emot den andra halvdelen.

Det förhållandet att godset skall levereras i delar kan inte i och för sig motivera den därav följande begränsningen i hävningsrätten beträffande delar, som ej skall levereras förrän vid en senare tidpunkt. Den omständigheten att hävningspåföljden avser avtalet i delar, som

[9] Bengtsson, § 1 vid n. 8 (s. 4) hänför dem till en grupp, som han benämner avtal om upprepade prestationer.

[10] Jfr Rabel I, § 66,2 s. 532 f., sammanfattande om rätten att häva beträffande redan levererade poster i olika rättssystem.

[1] Hävningsrätten i exemplet grundas på ett särskilt slag av *anteciperat* kontraktsbrott, se närmare nedan under IVA3. Beträffande anteciperat kontraktsbrott, som rör *del av godset*, måste motsvarande regler anses gälla som beträffande fullbordat kontraktsbrott rörande del av godset.

skulle ha levererats först vid en senare tidpunkt, gör den inte mer utan tvärtom mindre betungande för gäldenären. Ju tidigare hävningspåföljden inträder, desto större möjligheter har gäldenären att förebygga med hävningen förbundna skador och olägenheter.

I mina exempel ovan skiljer sig de situationer där olika rättsföljder inträder *endast* med avseende på hur godset skall levereras. Exemplen är konstruerade i anslutning till skillnaden mellan avtal om engångsprestationer och successiv leverans. Härav har inte framgått något skäl för den olikhet i rättsföljder som avtalen har enligt köplagen. Skillnaden måste då sammanhänga med någon annan egenskap hos successiv leverans, en egenskap *som inte är konstitutiv för begreppet, men som dock, genomsnittligt sett, förekommer oftare eller i högre grad vid avtal, som skall fullgöras successivt.*

Genomsnittligt lär avtal om successiv leverans röra *större mängd gods* än avtal om engångsprestationer. Bakgrunden till en överenskommelse om successiv leverans är nämligen ofta att den avtalade mängden gods är så stor att köparen inte kan använda och inte heller lagra den på en gång, eller att tillgängliga transportmöjligheter inte medger leverans i ett sammanhang. Det är givet att ju mer omfattande köpet är, desto mer betungande för gäldenären blir en totalhävning. Om avtalet haft en ingripande betydelse för dennes verksamhet, kan hävning innebära ett allvarligt avbräck.

Det är dock mycket tveksamt om dessa synpunkter kan motivera den här berörda begränsningen i borgenärens hävningsrätt. De gör sig gällande i ännu högre grad vid typiska varaktiga avtal som t ex hyra och arrende, men här har de — åtminstone vad gäller svensk rätt — inte kunnat slå ut den allmänna väsentlighetsregeln.[2] Ingenstans i köplagens förarbeten finns någon antydan om att hävningspåföljden bör undvikas vid mer omfattande transaktioner. Tydligen har man ansett att väsentlighetsregeln utgör ett tillräckligt korrektiv.

Den utanför successiv leverans gällande regeln att kontraktsbrott beträffande väsentlig del av den samlade prestationsskyldigheten medför total hävningsrätt, bygger väl först och främst på preventionssyn-

[2] Se t ex Bengtsson, § 23 G s. 571 ff. (sammanfattande om arrendatorns och hyresgästens kontraktsbrott), som — med viss förvåning — konstaterar, att domstolarna förefaller anse regeln i köplagen 21 § som huvudprincipen också vid hyra och arrende, och att man endast undantagsvis beaktar risken för nya kontraktsbrott och gäldenärens intresse av att avtalet icke hävs. Man måste dock beakta att skillnaden mellan väsentlighetsregeln och förfångsregeln framträder klart endast vid kontraktsbrott som kan mätas kvantitativt.

punkten. Denna gör sig naturligvis gällande med samma styrka vid successiv leverans som annars. Men också *reparationssynpunkten* kan ha spelat en roll vid uppställandet av denna regel. Man har kanske räknat med att köparen i ett icke obetydligt antal fall inte har någon användning för en väsentligt mindre mängd än den avtalade.[3] Kan det nu förhålla sig så att en överenskommelse om successiv leverans visar att köpet rörande varje enskild post utgör en enhet, som kan fungera helt fristående från köpet i övrigt? En hävningsrätt, som omfattar mer än den fördröjda eller felaktiga posten, är då *ur reparativ synpunkt överflödig*. Jag tror inte att detta är riktigt. En sak är att köparen vid successiv leverans i regel betalar och även förfogar över de olika posterna vartefter de levereras. Detta visar dock inte att det värdemässiga sambandet mellan de olika delarna av godset är svagare vid successiv leverans än vid avtal om engångsprestationer. Att hela den avtalade mängden gods levereras kan ändock vara avgörande för om köpet *blir lönsamt eller icke*. T ex kan köparen ha anskaffat dyrbara maskiner för bearbetning av viss råvara. Om denna inte levereras i tillräcklig mängd, blir investeringen olönsam.[4]

Ytterligare en omständighet kan anföras till stöd för regeln om hävningsrättens begränsning till fördröjd eller felaktig post. Den utanför successiv leverans gällande regeln att dröjsmål eller fel beträffande del av prestation ger borgenären total hävningsrätt, är en ur gäldenärens synpunkt sträng regel. Vid avtal om successiv leverans, då olika delar av godset lagras på olika ställen vid olika tidpunkter och försänds med olika transportlägenheter, måste det *betydligt oftare* än vid avtal om engångsprestationer inträffa att en del av godset blir fördröjt eller felaktigt, medan återstoden levereras (eller skulle kunna levereras) kontraktsenligt. Huvudregeln om fel eller dröjsmål beträffande del av prestation skulle, om den gällde även vid successiv leverans, bli tillämplig *i ett så stort antal fall* att dess ogynnsamma konsekvenser blev ganska betydande för vissa säljargrupper.

Dessa olika skäl för begränsning av hävningsrätten till fördröjd eller felaktig post ter sig dock — särskilt mot bakgrund av vad som gäller vid typiska varaktiga avtal — inte helt övertygande. Om man släpper konstruktionen om de olika posterna som olika avtal, förefaller det ganska tveksamt vilken regel som bör gälla beträffande rätten att häva för framtiden.

[3] Jfr ovan s. 71 f.
[4] Jfr Corenblit, a.a. s. 89 f., 105 ff.

I rättssystem, där man inte utgår från berörda konstruktion, råder ofta viss osäkerhet om under vilka förutsättningar köpet kan hävas beträffande ej förfallna poster. *Tendensen tycks dock gå i riktning mot att beträffande dessa poster tillämpa samma regel som vid avtal om engångsprestationer.*

I Tyskland har Reichsgericht utbildat den regeln, att borgenären vid *Verzug* rörande en post kan häva även för framtiden efter ett Nachfristförfarande. Reglerna om partiell icke-uppfyllelse, enligt vilka det för total hävningsrätt fordras att borgenären saknar intresse av att fasthålla köpet i övrigt, är inte tillämpliga. Inte heller behöver det föreligga någon risk för ett upprepande.[5] Vid andra kontraktsbrott (än Verzug) rörande en post kan borgenären i vissa fall häva även för framtiden med stöd av reglerna om "Positive Vertragsverletzung", men då fordras att han saknar intresse av att fasthålla köpet eller att det föreligger risk för ett upprepande.[6]

Uttalanden som direkt rör successiv leverans förekommer mycket sparsamt i den franska litteraturen. Vad som har diskuterats är hävningens retroaktiva effekt vid contrats à exécution successive i allmänhet. Frågan om rätten att häva beträffande ej förfallna poster vid successiv leverans uppfattas tydligen inte som något principiellt problem, värt mer utförlig behandling. Möjligen har problemet undgått uppmärksamhet genom att domstolarna löst det tillfredsställande från fall till fall. Hos Hamel finner man dock ett klart uttalande rörande hävningsrättens omfattning vid tillämpning av art. 1657. Denna bestämmelse ger säljaren rätt att utan föregående domstolsprövning häva avtal rörande vissa slags varor, då köparen dröjer med att avhämta dem. Om dröjsmålet rör den första av flera poster som skall levereras successivt, kan säljaren häva hela avtalet. Om hävning sker i anledning av dröjsmål med en senare post, omfattar den icke redan fullgjorda delar av avtalet.[7]

Enligt UCC § 2—612 (3) gäller att borgenären vid kontraktsbrott rörande en eller flera poster vid successiv leverans kan häva köpet även i övriga delar endast om kontraktsbrottet "substantially impairs the

[5] Rabel I, s. 164, Enneccerus-Lehmann, § 101 II 4, Staudinger, § 326 Bem. 81. Möjligen gäller regeln även andra culpösa kontraktsbrott, så enligt Rabel a. st. En del av den tyska doktrinen har ställt sig avvisande till Reichsgerichts linje i denna fråga, se hänvisningar hos Rabel.

[6] Om hävning vid successiv leverans med stöd av reglerna om "Positive Vertragsverletzung", se Enneccerus-Lehmann, a.st. och § 55 I 3.

[7] Planiol et Ripert X (Hamel), nr 290. Rabel hävdar dock att de franska domstolarna uppställer ett väsentlighetskrav, Rabel I, s. 531.

value of the whole contract", alltså en mot gäldenären betydligt mildare regel än huvudregeln om hävning i § 2—601, som ej innefattar något väsentlighetskrav. Dock torde § 2—612 (3) inte innebära en lika restriktiv inställning till totalhävning som den som kommer till uttryck i förfångsregeln i de skandinaviska köplagarna.[8]

Vid en jämförelse med dessa utländska regler framstår köplagen som ganska *mild* mot gäldenären.[9] Regeln att hävning för framtiden ej kan ske blott därför att ett väsentligt kontraktsbrott inträffat, kan emellertid inte bedömas isolerad från regler, som ger hävningsrätt på grund av anteciperat kontraktsbrott. Hävning på grund av anteciperat kontraktsbrott skall behandlas nedan under IV. Först därefter blir det möjligt att jämföra och värdera olika sätt att lösa problemet om rätt att häva för framtiden vid successiv leverans.[10]

3 Regeln att borgenären ej får *temporärt innehålla* viss post eller betalningen för viss post till dess gäldenären fullgör sin prestationsskyldighet beträffande *annan post* innebär i tre viktiga typsituationer följande:[1] Säljaren kan inte innehålla leverans av någon post därför att köparen ej erlagt (full) betalning för redan levererad post, och köparen kan inte vägra att ta emot och betala fortsatta leveranser till dess säljaren helt fullgjort sin prestationsskyldighet beträffande *en tidigare post,* t ex lämnat gillt gods i stället för felaktigt. Köparen får inte heller innehålla betalningen för redan levererad post till säkerhet för ett eventuellt uppkommande *skadeståndsanspråk* i anledning av säljarens dröjsmål med leverans av andra poster.

Vissa påtagligt olyckliga konsekvenser av dessa regler har redan påtalats i avsnittet om detentionsrätt och temporär avvisningsrätt. Där konstaterades att detentionsrätten bör vara *åtminstone lika omfattande som rätten att häva.* Den part som i anledning av motpartens kontraktsbrott har rätt att *definitivt innehålla* viss prestation — häva — bör också kunna *temporärt innehålla* samma prestation i avbidan på att motparten fullgör sin prestationsskyldighet. Om man inte ger borgenären en sådan rätt tvingar man honom att omgående häva köpet i

[8] Om rätten att häva för framtiden enligt amerikansk rätt, se vidare nedan s. 224 f.

[9] Rabel föredrar den skandinaviska, mot gäldenären mildare, regeln framför den regel som de tyska domstolarna tillämpar. Det förefaller dock som om Rabel uppfattar den skandinaviska förfångsregeln som ett slags väsentlighetsregel, se Rabel I, s. 531.

[10] Se nedan under V.

[1] Jfr den mer utförliga framställningen i 2 kap. under III 2.

stället för att inta en för båda parter mer förmånlig ståndpunkt. I anledning av ett inträffat kontraktsbrott beträffande en post kan köparen ofta och säljaren som regel häva även beträffande kommande poster på grund av *anteciperat kontraktsbrott*. Det lär inte finnas några skäl att inte ge borgenären också detentionsrätt i dessa situationer. Om hänsyn till gäldenären icke ansetts böra utgöra hinder för att borgenären *definitivt* innehåller viss prestation, så kan dessa hänsyn inte heller utgöra hinder för *ett temporärt innehållande,* som ju är en mindre ingripande påföljd.

Man kan emellertid gå ett steg längre och, oavsett om hävningsrätt föreligger eller ej, tillåta borgenären att temporärt innehålla post eller betalning för viss post, *till dess gäldenären fullgjort samtliga de förpliktelser som bort fullgöras före den prestation som borgenären innehåller.*

Ändamålet med en sådan regel — att förmå gäldenären att fullgöra åtagna förpliktelser — är ju legitimt. Särskilt säljaren har behov av ett sådant påtryckningsmedel. Säljare som redan levererat, men inte fått betalt, har ju inte något annat köprättsligt påtryckningsmedel till sitt förfogande. Han kan nämligen jämlikt 28 § andra stycket KöpL inte häva beträffande redan levererade poster. Köparen kan i en motsvarande situation åtminstone hota med hävning beträffande den post han betalt för. Hävning i denna situation kan emellertid inte genomföras utan säljarens medverkan, och detta gör naturligtvis hävningshotet mindre verksamt som påtryckningsmedel.

Det temporära innehållandet kan knappast *i och för sig* anses alltför betungande för gäldenären. Redan ett temporärt innehållande innebär visserligen olägenheter för gäldenären. Utan att vara åtminstone i någon mån betungande, kan det ju inte fungera som ett påtryckningsmedel. Dessa olägenheter upphör emellertid så snart gäldenären fullgör sina skyldigheter, och de kan därför i vid utsträckning tolereras.

Emellertid tenderar en på detta sätt utvidgad detentionsrätt att *dra med sig en motsvarande utvidgning av hävningsrätten för det fall att innehållandet ej får avsedd effekt.* Anta att köparen inte betalat för levererad post och att säljaren av denna anledning temporärt avbrutit leveranserna. Om säljarens åtgärd har avsedd effekt, d v s köparen betalar, uppstår inga vidare problem. Mellanhavandet är uppklarat och säljaren återupptar leveranserna. Men om säljarens åtgärd inte har avsedd effekt, måste ändock förr eller senare ett rättsförhållande, som innebär innehållanderätt men samtidigt kvarstående prestationsskyldighet, avvecklas på det ena eller det andra sättet. Endera måste säljaren,

trots att köparen fortsätter att vägra betalning för levererad post, vara förpliktad att återuppta leveranserna eller också måste han få rätt att häva köpet beträffande den post som innehållits.

Om säljaren skall anses skyldig att återuppta leveranserna, blir det mycket svårt att fastställa den tidpunkt vid vilken sådan skyldighet inträder. Endera får man väl anse att detentionsrätten består lika länge som köparens betalningsskyldighet, d v s i princip hur länge som helst, eller också får man ge köparen rätt att genom en bestämd betalningsvägran bringa detentionsrätten att upphöra. Den förra lösningen, som innebär att ett rättsförhållande skulle kunna hållas svävande under åratal i anledning av ouppklarat mellanhavande rörande en del av prestationsskyldigheten, är helt oantaglig. Den andra lösningen innebär att detentionsrätten skulle förlora det mesta av sin påtryckningseffekt.

Vill man ge säljaren en detentionsrätt som kan fungera som ett verksamt påtryckningsmedel, måste man nog gå ett steg till och ge honom *hävningsrätt* för det fall att det temporära innehållandet ej får avsedd effekt. Hävningsrätten skulle inträda så snart den innehållna posten, och följaktligen också betalningen för denna post, genom innehållandet blivit väsentligt fördröjd. Detta dröjsmål skulle nämligen anses "bero" av den av parterna som begått ett kontraktsbrott, ej av den som av denna anledning avbrutit vidare leverans. Mot en sådan regel kan emellertid riktas invändningar av samma slag som mot andra regler, vilka ger borgenären rätt att i anledning av ett inträffat kontraktsbrott med en post häva även för framtiden — främst att en hävningsrätt, som omfattar mer än den post som berörs av kontraktsbrottet, är alltför betungande för gäldenären.[2]

Man måste emellertid notera att enligt den här föreslagna regeln hävningsrätten skulle vara kopplad till detentionsrätten. Detentionsrätten är i sin tur kopplad till rätten att kräva fullgörelse. Hävningsrätt skulle föreligga endast då borgenären har rätt att kräva fullgörelse in natura och också gör bruk av denna rätt, men gäldenären ändock vägrar att erlägga prestation. Om köparen häver köpet beträffande en felaktig eller fördröjd post, skulle den föreslagna regeln inte ge honom rätt att häva köpet beträffande någon följande post. Hävningsrätt skulle inte heller inträda om säljaren reparerar sin försummelse, innan nästa post skall levereras eller hinner bli väsentligt fördröjd. Det finns betydligt mindre anledning att hysa betänkligheter mot en regel, som på detta sätt begränsar hävningsrätten till fall av långvarig vägran att full-

[2] Jfr ovan s. 151 f.

göra prestation, än mot en regel, som ger borgenären rätt att utan vidare häva för framtiden så snart ett kontraktsbrott inträffat.

Mot att ge borgenären rätt att häva köpet i delar som ej direkt berörs av kontraktsbrottet, har också anförts att en så omfattande hävningsrätt ej skulle fylla någon reparativ funktion. Detta argument träffar inte den här övervägda regeln om detentionsrätt med åtföljande hävningsrätt, som först och främst skulle fylla en *påtryckningsfunktion*.

Den gällande skandinaviska regeln om detentionsrättens omfattning vid successiv leverans framstår vid en internationell jämförelse som synnerligen mild mot gäldenären.

I fransk rätt ställer man mycket låga krav på den konnexitet som skall föreligga för rätt att innehålla prestation: "L'idée de connexité fondée sur un rapport synallagmatique permet de réunir une série de choses sous l'empire d'un même rapport, et de soumettre à la rétention certaines d'entre elles pour une créance qui est née de faits relatifs à d'autres choses."[3] Självfallet är detta låga krav på konnexitet uppfyllt beträffande en post och betalningen för en annan vid successiv leverans.

Treu-und-Glaubenrekvisitet i BGB § 320 begränsar inte detentionsrätten till blott en så stor del av den egna prestationen som svarar mot icke-uppfyllelsen, och detta gäller även då avtalet låter sig uppdelas i en serie mot varandra stående prestationer och motprestationer som vid successiv leverans med betalning särskilt för varje post. Vid successiv leverans kan ena parten innehålla vederlaget för redan erlagda prestationer i anledning av icke-uppfyllelse eller annat kontraktsbrott beträffande senare poster — förutsatt dock att detta kontraktsbrott inträffade *före* det vederlaget för de fullgjorda prestationerna skulle erläggas.[4]

För engelsk rätts vidkommande uppställer däremot Benjamin satsen att betalning eller leverans av en post inte är någon "condition precedent" för motpartens skyldighet att leverera eller betala för följande poster.[5] Härmed avses uppenbarligen att borgenären i anledning av ett inträffat kontraktsbrott varken kan innehålla eller häva beträffande senare poster. Fråga är emellertid om denna regel fortfarande gäller. Problemet brukar behandlas i anslutning till SGA Sect. 42 om "unpaid seller's lien" då "part delivery" förekommit. Två ansedda moderna köprättsliga framställningar ger olika besked: Enligt Atiyah kan — förut-

[3] Planiol et Ripert VI (Esmein), nr 445.
[4] Soergel, § 320 Bem. 3, Enneccerus-Lehmann, § 33 II 2, § 101 II 4.
[5] Se ovan s. 145 vid n. 4.

satt att det är fråga om ett enda avtal, ehuru "divisible" — säljarens lien utövas över vilken del av godset som helst.[6] Enligt Chitty i Specific Contracts kan säljarens lien endast utövas över den post för vilken betalning icke erlagts.[7]

I amerikansk rätt är detentionsrätten mer omfattande: "The mere fact that by the terms of the contract one performance is to precede the other makes the later obligation conditional on the performance of the earlier obligation."[8] Detentionsrätten omfattar alltså ej blott den del av den egna prestationen, som utgör det överenskomna vederlaget för den fördröjda posten, utan samtliga poster som enligt avtalet skall erläggas senare än den fördröjda posten.[9]

Det sätt på vilket problemet har lösts i rättssystem, som inte begagnat konstruktionen med de olika posterna som skilda avtal, bekräftar misstanken att den skandinaviska regeln om detentionsrättens omfattning vid successiv leverans inte bygger på ändamålsöverväganden utan tillkommit genom en mekanisk deduktion ur en teoretisk hjälpkonstruktion, som utbildats för helt andra ändamål. De lege ferenda kan den knappast försvaras.

Den har emellertid fastslagits i ett par HD-avgöranden från 1920.[1] HD har troligen tagit fasta på Alméns rekommendation. Almén i sin tur har följt vad han menar vara "grundtanken" eller "huvudprincipen" i köplagens regler om successiv leverans, eller m a o att prestationsskyldigheten rörande de olika posterna skall betraktas som om den härrörde ur skilda avtal.[2]

En juridisk hjälpkonstruktion kan emellertid inte, bara därför att den spelat en roll vid utformningen av ett rättsinstitut, vara bindande *i och för sig*.[3] Viss bundenhet uppkommer möjligen om lagstiftaren

[6] Atiyah, s. 162 f., obs dock att A. antyder att de olika posterna kan vara att betrakta som skilda avtal och att detentionsrätten då "naturally" är begränsad till den post beträffande vilken kontraktsbrott förekommit.

[7] A.a. nr 1498, obs den tveksamma tonen; "The present position seems to be as follows — — —"

[8] Williston, On sales § 467 e.

[9] Se även Williston, On contracts s. 309 ff.

[1] NJA 1920 s. 1 och 1920 s. 632, se närmare ovan s. 102 ff.

[2] Almén, § 22 vid n. 25: En mer omfattande detentionsrätt skulle "stå i strid mot huvudregeln i § 22, enligt vilken dröjsmål med en post är utan inflytande på kontrahenternas rättigheter och skyldigheter med avseende å de övriga".

[3] Se härom t ex Maury I, s. 274 angående det tysta resolutiva villkoret som bakgrund till C.c. art. 1184: "Nous avons déjà plusiers fois affirmé la liberté des interprètes vis-a-vis d'explications techniques de la loi: celle-ci est compètente pour édicter des solutions pratiques; elle peut nous imposer une conception entre

på ett auktoritativt sätt, t ex genom klara uttalanden i tryckta förarbeten, upphöjer konstruktionen till en *rekommendation* och således direkt uttalar att uppkommande tolkningsproblem skall lösas i enlighet med konstruktionen. För att bundenhet skall inträda bör man vidare kräva ett visst "intentionsdjup". Lagstiftaren skall åtminstone i huvudsak ha övervägt konsekvenserna av en så allmänt hållen rekommendation. I de svenska förarbetena nämns emellertid över huvud inte konstruktionen om de olika posterna som skilda avtal. Än mindre finns det något som tyder på att man övervägt konstruktionens konsekvenser beträffande detentionsrätten.

Däremot är man naturligtvis bunden av de lagstadganden, som har sitt ursprung i en juridisk hjälpkonstruktion, även om konstruktionen visar sig vara vilseledande och regeln till följd härav inte ändamålsenlig. Vad gäller detentionsrätten innehåller emellertid köplagen inte någon sådan regel. I 14—16 §§ sägs ingenting om detentionsrättens omfattning vid successiv leverans (eller om detentionsrättens omfattning över huvud). Domstolarna kan alltså välja den lösning som är mest lämplig. Enligt min uppfattning är en lösning, som innebär att detentionsrätten är *åtminstone lika omfattande* som hävningsrätten, avgjort att föredra framför den regel som nu anses gälla.

Åtminstone de lege ferenda anser jag att man kan gå ett steg längre och — liksom i de flesta andra rättssystem — tillåta innehållande av en post eller betalningen för en post till säkerhet för samtliga de gäldenärens förpliktelser, som bort fullgöras *före* den prestation som innehålls. Det kan emellertid ifrågasättas om inte en sådan regel skulle innebära ett kringgående av reglerna i 22, 46 och 29 §§, som begränsar hävningsrätten till fördröjd eller felaktig post, då någon risk för nya kontraktsbrott inte föreligger. I de rättssystem där detentionsrätten är så omfattande som enligt den nu övervägda regeln, gäller också mot gäldenären strängare regler om rätten att häva för framtiden.

Frågan om man skall ta detta ytterligare steg har för skandinavisk rätts vidkommande en tämligen begränsad praktisk betydelse. Rätten att innehålla prestation till säkerhet för gäldenärens fullgörande av prestationsskyldighet rörande annan post har störst betydelse för säljare, som inte fått betalt för levererad post. Denne kan i allmänhet häva för framtiden på grund av risken för nya kontraktsbrott, och är då tillräckligt hjälpt med en regel, som gör detentionsrätten *lika* omfattande som hävningsrätten.

deux conceptions èqalement admissibles; elle ne saurait nous contraindre à accepter une thèse inexacte."

III När är reglerna om successiv leverans tillämpliga?

Olika uppfattningar om bakgrunden till de särskilda reglerna om hävning vid successiv leverans kommer självfallet att spela en roll för hur begreppet avgränsas på rättsfaktumsidan eller med andra ord tillämpningsområdet för de särskilda hävningsreglerna. Om man som motivering för hävningsrättens begränsning betonar det olämpliga i att riva upp "fait accompli", tenderar man att tillämpa de särskilda hävningsreglerna på alla förpliktelser som *faktiskt fullgjorts successivt*, oavsett om detta avtalats eller icke.[1] Om man å andra sidan betonar avtalets enhet, som inte får rubbas utan stöd i parternas vilja, kommer begreppet successiv leverans att avgränsas ganska snävt.[2]

Avgränsningen av begreppet successiv leverans föranleder två huvudfrågor. Den första frågan — vad som fordras med avseende på *avtalets bestämmelser rörande sättet för leveransen* och/eller med avseende på *hur leverans faktiskt skett*, för att de särskilda hävningsreglerna skall vara tillämpliga — behandlas under A. Den andra huvudfrågan — vilken betydelse som bör tilläggas avtalets bestämmelser om *sättet för betalningens erläggande* — behandlas nedan under B.

A Vad fordras med avseende på avtalets innehåll om hur godset skall levereras och/eller med avseende på hur leverans faktiskt skett?

1 "*Skall*" godset avlämnas efterhand, heter det i 22, 29 och 46 §§. För att de särskilda hävningsreglerna skall vara direkt tillämpliga fordras alltså att det föreligger *skyldighet* att leverera och/eller utta godset

[1] Jambu-Merlin, a.a. p. 28, förordar — dock endast de lege ferenda — att begreppet contrats successifs utvidgas till att omfatta samtliga fall där en partiell fullgörelse, som länt borgenären till nytta, förekommit. Planiol et Ripert VI (Esmein), nr 433, anser att hävningsrätten bör begränsas, ej blott vid contrats successifs i inskränkt bemärkelse, utan så snart man har att göra med "faits définitivement acquis". Jfr ovan s. 148 med n. 4.

[2] Jfr ovan under II A 2 om "divisible contracts" i engelsk rätt. Det fordras att parterna överenskommit om att betalning skall erläggas särskilt för varje post.

Om borgenären kan häva i förtid då sannolikheten för att ett kontraktsbrott kommer att inträffa förhåller sig som 10/1, så träffar hävningspåföljden i ett fall av tio en gäldenär, *som i själva verket skulle ha presterat kontraktsenligt.*[2] Det är denne — den 10:e gäldenären — som har intresse av att borgenären ej kan häva i förtid vid denna grad av sannolikhet för ett framtida kontraktsbrott. De övriga nio gäldenärerna har ingenting att beklaga sig över. Regeln innebär, sedd ur deras synpunkt, endast att hävningspåföljden inträder tidigare än den eljest skulle ha gjort. Detta är genomsnittligt inte till någon nackdel för gäldenären, snarare tvärtom.

De skäl som talar *för* att ge borgenären rätt att häva i förtid sammanhänger med det förhållandet att en borgenär, som förutser att ett kontraktsbrott kommer att inträffa, genom olika åtgärder kan gardera sig mot de ekonomiska följderna av kontraktsbrottet. Borgenären-köparen, som är i behov av godset på förfallodagen, kan i tid företa en ersättningsanskaffning. Borgenären-säljaren kan i en prisfallssituation avyttra godset på annat håll eller vid beställningsköp avbryta tillverkningen.

Att sådana förebyggande åtgärder vidtas i de nio fall, där ett kontraktsbrott kommer att inträffa, ligger i båda parternas, och i vissa fall även i samhällets intresse. Borgenären har, även om han är berättigad till skadestånd, ett intresse av att inte bli strandsatt på förfallodagen (köparen) eller bli sittande med gods som han inte kan avyttra till rimligt pris (säljaren). I vissa fall föreligger inte rätt till skadestånd, och i andra fall kan hans skadeståndsfordran vara mer eller mindre värdelös. Gäldenären, som i regel är ersättningsskyldig för förluster som uppkommit genom hans kontraktsbrott, har naturligtvis ett intresse av att borgenären vidtar åtgärder till förebyggande av sådan förlust. Beträffande vissa typer av skador, nämligen rena värdeförluster, finns det också ett mer allmänt intresse av att de förhindras. Så t ex finns det ett allmänt intresse av att den som i sin verksamhet är beroende av vissa råvaror, får sitt behov kontinuerligt täckt, och att tillverkning av gods, som inte kommer att kunna användas på ett sätt som motsvarar de värden som åtgått vid tillverkningen, icke äger rum. Däremot är det ju ur samhällets synpunkt likgiltigt om viss säljare hinner avyttra godset till annan, innan ett väntat prisfall inträffar.

I det 10:e fallet däremot, är dylika åtgärder företagna i anledning av ett väntat kontraktsbrott inte bara onödiga utan också — om

[2] Om sannolikhetsgradering i enlighet med frekvenssynpunkter, se Bolding, Bevisbördan och den juridiska tekniken s. 55 ff.

borgenären inte kan häva på grund av risken för ett kontraktsbrott — skadliga för denne. Borgenären-köparen blir tvungen att ta emot gods som han inte längre har någon användning för — han har redan täckt sitt behov av varan på annat håll — och borgenären-säljaren ställs inför krav på leverans som han inte längre kan tillfredsställa — han har avyttrat godset eller avbrutit tillverkningen.

De olägenheter som kan inträffa för borgenären i det 10:e fallet, såvida hävningsrätt *icke* medges, kan dock knappast väga upp den skada eller olägenhet som drabbar gäldenären — och den orätt som vederfars honom? — i det 10:e fallet, om den motsatta regeln gäller.

Det intresse som ligger bakom en regel, som ger borgenären hävningsrätt redan vid anteciperat kontraktsbrott, måste i stället vara *intresset av att förebygga kontraktsbrottsskador.* Man frågar sig då på vilket sätt en sådan regel hindrar uppkomsten av dylika skador. Hävningspåföljden har ju icke *i och för sig* någon skadeförebyggande eller reparativ effekt på det slags skador som det här är fråga om. Inte heller förhåller det sig så att köpets hävande är nödvändigt för att borgenären skall kunna vidta skadeförebyggande åtgärder. Borgenären kan ju, även om han inte får häva, handla *som om avtalet vore hävt,* d v s anskaffa gods från annat håll, avbryta tillverkningen etc.

Man kan emellertid inte analysera en regels funktion utan att beakta på vilket sätt regeln kan komma att påverka de berörda parternas — i detta fall borgenärens — handlande. Borgenären i de nio fallen, där ett kontraktsbrott skulle komma att inträffa, kan inte veta att det denna gång inte är fråga om just det 10:e fallet. Om han inte har hävningsrätt men ändock vidtar skadeförebyggande åtgärder, löper han en risk att hamna i den obehagliga situation som beskrivits ovan. Han blir alltså tvungen att ta emot gods som han inte har användning för eller han kan inte uppfylla sina förpliktelser enligt avtalet, vilket medför hävnings- och skadeståndsrätt för motparten.

Man antar allmänt att en regel, som till visst handlande (eller resultatet av visst handlande) anknyter för den handlande ofördelaktiga rättsföljder, verkar prevenerande på denna typ av handlande. Detta gäller även om den ofördelaktiga rättsföljden inträder endast i vissa, på förhand ej igenkännbara, fall, ehuru den preventiva effekten då naturligtvis är svagare. En regel som *ej* tillåter hävning i förtid tenderar alltså att motverka ett handlande som anses önskvärt, nämligen vidtagandet av skadeförebyggande åtgärder eller — annorlunda uttryckt — en regel som tillåter hävning i förtid tenderar att öka frekvensen av detta handlande.

Det måste vara denna *styrningseffekt* hos en regel, vilken medger hävning på grund av anteciperat kontraktsbrott, som utgör dess ratio. Mot detta intresse står intresset av att skydda den 10:e gäldenären, han som inte skulle ha gjort sig skyldig till något kontraktsbrott.

En riktig intresseavvägning förutsätter egentligen att man kan värdera de mot varandra stående intressena *både i kvalitativt och kvantitativt hänseende*. En kvalitativ bedömning av de i den aktuella intressekonflikten mot varandra stående intressena låter sig göra. Man kan ha en välgrundad uppfattning om *hur* angeläget det är att gäldenär, som faktiskt ej skulle ha gjort sig skyldig till kontraktsbrott, ej utsätts för kontraktsbrottspåföljder och hur angeläget det är att borgenären vidtar skadeförebyggande åtgärder. Dessa intressen kan för övrigt variera i angelägenhetsgrad i olika typsituationer.

Däremot lär det inte vara möjligt att *kvantitativt* uppskatta styrningseffekten av regeln. Inte ens antagandet att regeln har *viss styrningseffekt* kan verifieras. Det enda man med full säkerhet vågar påstå är, att *om* regeln över huvud har någon styrningseffekt, så tenderar en regel som tillåter hävning vid anteciperat kontraktsbrott att verka uppmuntrande på skadeförebyggande åtgärder och omvänt. Man kan inte ens göra en grov uppskattning av *hur många fler* borgenärer som vidtar skadeförebyggande åtgärder, om hävningsrätt medges vid viss grad av sannolikhet. Kanske vågar man påstå att en regel som tillåter hävning vid viss *lägre* grad av sannolikhet har en starkare styrningseffekt än en regel som fordrar en högre grad av sannolikhet, men man kan inte utgå från att relationen mellan "räddade borgenärer" och "offrade gäldenärer" är densamma vid olika grader av sannolikhet. Även om man vet att en regel som offrar en av 100 gäldenärer har en skadeförebyggande effekt i fem fall, kan man inte härifrån sluta sig till den skadeförebyggande effekten hos en regel som offrar två av hundra borgenärer. Den lär inte vara mindre, troligen är den större, men man vet inte *hur mycket större.*

2 Inom doktrinen har man uppställt den huvudregeln att borgenären har rätt att häva i förtid, *då det med visshet eller till visshet gränsande sannolikhet kan antas att ett kontraktsbrott kommer att inträffa.*[1] Man frågar sig hur man kommit fram till denna lösning. Den kan inte vara grundad på någon rationell intresseavvägning, eftersom vår kunskap om de faktiska förhållandena inte räcker till för en sådan. Bak-

[1] Se hänvisningar ovan s. 176 n. 1.

grunden måste vara en rätt så skönsmässig och intuitiv värdering av de olika intressena. Kanske har man inte ens medvetet beaktat den styrningseffekt som måste vara regelns ratio, utan endast vägt antalet "offrade gäldenärer" mot ett intuitivt uppfattat motstående intresse.

Att den valda lösningen inte bygger på någon rationell intresseavvägning kan dock inte anföras som någon kritik mot regeln eller mot dem som uppställt regeln. Det finns ju inte någon möjlighet att skaffa sig den kunskap om faktiska förhållanden som är nödvändig för att man skall kunna företa en riktig intresseavvägning. Lagstiftaren är ofta tvungen att ingripa på områden, där bristande kunskap om faktiska förhållanden gör att valet mellan olika lösningar på problemen många gång sker i blindo. Trots att man vet mycket litet om den allmänpreventiva effekten hos t ex straff, skadestånds- och annat betalningstvång samt — inte att förglömma — hävningspåföljden, har föreställningen om att nämnda påföljder har en allmänpreventiv effekt troligen i betydande grad påverkat reglernas utformning.

Man får inte resonera som så, att eftersom man vet så litet om styrningseffekten hos en regel som tillåter hävning vid anteciperat kontraktsbrott, och eftersom det finns fullt verifierbara intressen som talar emot regeln, så bör man inte uppställa en sådan regel. Någon regel måste man ha och om man inte uppställer den nyssnämnda regeln, så gäller i stället att anteciperat kontraktsbrott *inte* medför hävningsrätt. Den regeln är precis lika godtycklig. Så snart man blivit medveten om att en regel, som tillåter hävning vid anteciperat kontraktsbrott, *kan ha* en positiv styrningseffekt som väger upp de med regeln förbundna nackdelarna, så måste man överväga att införa regeln. Mot en regel som ger hävningsrätt vid anteciperat kontraktsbrott kan inte invändas att den är aldrig så skönsmässig, så länge det inte finns några säkrare bedömningsgrunder att gå efter. Någon regel måste det som sagt finnas, och en skönsmässig bedömning är dock bättre än att singla slant.

3 a Den nu beskrivna intressekonflikten existerar inte i de *rena omöjlighetsfallen,* alltså då det på förhand står *helt klart* att gäldenären inte kommer att kunna prestera på förfallodagen. Oavsett vilken regel som gäller, kommer inga gäldenärer att offras och ingen styrningseffekt att uppnås. Frågan om hävning eller icke hävning i denna situation tycks i många fall vara av rent formell natur. Endast då borgenären åtagit sig att betala i förskott, är det av vikt att fastslå att köpet skall anses hävt redan då det står klart att gäldenären inte kommer att kunna prestera på förfallodagen. Eljest skulle ju borgenären vara skyldig att först

erlägga köpeskillingen för att därefter, när förfallotiden för gäldenärens prestation inträtt, återkräva den. Om man så vill kan man förklara denna regel utifrån principen om hävning på grund av anteciperat kontraktsbrott. Men även om man inte vill acceptera denna princip, kommer man på andra vägar fram till samma resultat. I och med omöjlighetens inträdande, upphör också borgenärens *rätt* till naturauppfyllelse, och detta innebär, sett från andra sidan, att köpet måste anses hävt.

b En annan typsituation, vilken också brukar hänföras till institutet hävning på grund av anteciperat kontraktsbrott, erbjuder en mer speciell problematik. Om gäldenären före förfallodagen, oaktat prestation är möjlig, *förklarar att han icke ämnar erlägga prestation,* kan borgenären i regel häva utan att behöva avvakta förfallodagen,[1] Så gott som alltid motiverar gäldenären sin prestationsvägran med att han av den ena eller den andra anledningen *inte är skyldig* att erlägga prestation. Han påstår att giltigt avtal icke kommit till stånd, att borgenären begått ett kontraktsbrott som berättigar honom att häva etc. Redan ett sådant påstående implicerar ofta en prestationsvägran.

En av grunderna till hävningsrätten i denna situation måste vara *att en sådan förklaring ger anledning till antagande att prestation ej kommer att erläggas på förfallodagen.* Det klandervärda i att hävda och söka förmå motparten att acceptera en felaktig och för denne oförmånlig tolkning av rättsläget utgör inte en *tillräcklig* grund för hävningsrätt. Det framgår av den skilda rättsliga betydelse som tillmäts ett kontraktsstridigt krav beroende på om det uppställs som en förutsättning för utgivandet av den egna prestationen eller ej. Endast om det kontraktsstridiga kravet framställs före utgivandet av huvudprestationen och sammankopplas med detta, föreligger hävningsrätt.[2]

Det egenartade för denna typsituation är att *någon egentlig bedömning av sannolikheten för ett framtida kontraktsbrott icke företas.*[3] Borgenären behöver inte styrka att det med viss grad av sannolikhet måste antas, att gäldenären verkligen *kommer att bete sig* som han

IV. A. 3 b.

[1] Det är framför allt denna situation som i utomskandinavisk rätt uppmärksammats och hänförts till institutet anteciperat kontraktsbrott, se Rabel I, s. 382 ff. Även i skandinavisk rätt, där institutet är mer omfattande, uppfattas denna situation som en speciell kategori. Se t ex Bengtsson, s. 134; "Gäldenärens handlingssätt bedömes närmast som en särskild typ av kontraktsbrott före fullgörelsetiden".

[2] Almén, § 21 vid n. 49 ff., Stang i TfR 1901 s. 199 ff., NJA 1914 s. 589.

[3] Bengtsson, s. 134, Rodhe, § 19 vid n. 14, NJA 1925 s. 50.

förklarat att han ämnar bete sig. Det räcker med att gäldenärens förklaring framstår som allvarlig menad, att den måste tolkas som att gäldenären *nu* har för avsikt att ej erlägga prestation i framtiden. Sådana förklaringar skall skiljas från av gäldenären framställda *förslag* om ändring av rättsförhållandet. Ett sådant förslag kan borgenären naturligtvis avvisa, men han kan inte häva bara därför att det framställts. Detta bör gälla även om förslaget framställs i form av en felaktig tolkning av rättsläget, som uppges då borgenären protesterar.

Det är inte alltför sällsynt att gäldenärer, som i ond eller god tro hävdar en felaktig tolkning av rättsläget, *ändrar sig* och i alla fall erlägger kontraktsenlig prestation. Att gäldenären förklarar att han inte ämnar prestera innebär alltså inte så hög grad av sannolikhet som "till visshet gränsande" för att han icke kommer att erlägga prestation. Den speciella regel som gäller innebär då en avvikelse från huvudregeln, som för rätt att häva i förtid uppställer kravet på visshet eller till visshet gränsande sannolikhet. Denna avvikelse kan förklaras på olika sätt.

Att det räcker med en mindre risk innebär att hävningspåföljden i ett relativt större antal fall kommer att drabba gäldenärer, som i själva verket skulle ha presterat kontraktsenligt på förfallodagen. Men även om dessa gäldenärer inte skulle ha gjort sig skyldiga till kontraktsbrott i egentlig bemärkelse, har de i annat hänseende betett sig klandervärt. De har med ojusta medel sökt åstadkomma en för dem själva förmånlig förändring av rättsläget och därför väger deras intressen inte lika tungt. På andra sidan står som vanligt borgenärens intresse av att riskfritt kunna vidta skadeförebyggande åtgärder. Därtill kommer intresset av att slippa ha något att göra med en motpart som beter sig ohederligt. Vidare finns det ett allmänt intresse av att genom regelsystemet söka motverka den typ av beteende från gäldenärens sida som det här är fråga om.

Man kan också helt enkelt hänvisa till den omöjliga situation som skulle uppkomma, om man med vanliga bevisregler skulle fastställa hur stor risk man haft att räkna med för ett kontraktsbrott. Borgenärens bevisbörda kan inte gärna sträcka sig längre än till att påvisa att gäldenärens förklaring för en utomstående framstod som ett uttryck för att han då icke ämnade prestera. Den motbevisning gäldenären eventuellt kan prestera blir då ett tveeggat svärd. Om han lyckas bevisa att han inte menade vad han sagt eller att han — på grund av omständigheter som förelåg redan vid tidpunkten för borgenärens hävande av köpet — säkert skulle ha ändrat sig före förfallodagen, så innebär denna bevisning ofta samtidigt att hans handlande framstår som särskilt klander-

värt. Om gäldenären t ex genom vittnesbevisning styrker att han icke ämnat fasthålla sin oriktiga tolkning av avtalet om borgenären fortsatt att protestera, har han visserligen bevisat att det inte förelåg någon mer avsevärd risk för ett kontraktsbrott, men samtidigt avslöjat att han handlat i syfte att tillskansa sig oberättigade fördelar. Det framstår som orimligt att ett sådant avslöjande skall leda till en för honom förmånlig utgång av målet. Härtill kommer att den motbevisning gäldenären kan tänkas prestera är av sådant slag att borgenären inte haft några möjligheter att skaffa sig kunskap om den på förhand. Borgenären skulle således aldrig kunna vara ens någorlunda säker på att hans hävande av köpet inte vid en process skulle befinnas vara obefogat, och härigenom skulle regelns syfte omintetgöras.

Kanske kan man också anföra tillitsgrundsatsen. Även i denna egenartade situation skulle den som mottar en förklaring kunna lita på denna och handla på grundval av vad motparten säger utan att behöva bekymra sig om vad han egentligen velat eller menat.[4]

Däremot kan det inte vara riktigt att, såsom t ex i engelsk rätt, förklara regeln med att ett avtal om hävning kommit till stånd mellan parterna. Gäldenärens prestationsvägran betraktas i engelsk rätt som *ett anbud* att upplösa avtalsförhållandet och borgenärens härav föranledda hävning som *ett antagande av detta anbud*.[5] För att ett avtal skall komma till stånd fordras emellertid överensstämmelse mellan anbud och accept. Sådan överensstämmelse föreligger praktiskt taget aldrig i dessa fall. Uppenbart är att det icke föreligger någon överensstämmelse mellan parternas viljeförklaringar, då gäldenären är villig att prestera men endast på villkor som han inte har rätt att ställa, t ex med avseende på betalningens storlek, och borgenären svarar med att häva avtalet. Men inte heller då gäldenärens prestationsvägran är ovillkorlig — han påstår t ex att något giltigt avtal icke kommit till stånd eller fordrar att hävningspåföljden skall inträda på grund av ett påstått kontraktsbrott från borgenärens sida — föreligger överensstämmelse mellan parternas viljeförklaringar. Dessa har visserligen det gemensamt att någon naturauppfyllelse av avtalet inte ska äga rum, men skiljer sig med avseende på de rättsföljder som åsyftas i andra väsentliga avseenden. Gäldenären avser med sin viljeförklaring att hävningspåföljden skall inträda *till hans förmån* , innebärande bl a att borgenären ej

[4] Jfr Rabel I, s. 385 nederst f.

[5] Om repudiation i engelsk rätt se t ex Chesire and Fifoot, s. 530 f., Chitty, General Principles nr 1244, Pollock, s. 218 f. Termen "anticipatory breach" förekommer också. Williston kritisk mot avtalskonstruktionen, se On sales § 585 ff.

har rätt till skadestånd. Borgenären svarar med att häva köpet *på grund av gäldenärens kontraktsbrott,* varvid han har rätt till skadestånd i anledning av köpets hävande.[6]

c Båda parternas förpliktelser vid köp går ut på *att åstadkomma visst resultat,* godsets avlämnande respektive köpeskillingens erläggande. Nu kan det kanske sägas att en sådan förpliktelse implicerar skyldighet att i förväg vidta sådana åtgärder, som är *nödvändiga* för att resultatet skall uppnås. Åtgärd eller underlåtenhet, som avskär gäldenärens möjligheter att på förfallodagen utge kontraktsenlig prestation, skulle i så fall utgöra ett fullbordat kontraktsbrott. Å andra sidan står det klart att gäldenärens förpliktelser vid köp ej implicerar någon skyldighet att vidta de för resultatets uppnående *mest lämpade åtgärderna.* Gäldenären kan, såvida parterna inte överenskommit annorlunda, använda sig av vilka metoder som helst för att åstadkomma det överenskomna resultatet. Han har alltså full frihet att ta vilka risker han vill. Om gäldenären beter sig på ett sådant sätt att det på förhand *står klart* att det är omöjligt för honom att prestera på förfallodagen, kan det kanske ifrågasättas om inte ett fullbordat kontraktsbrott inträffat. Att gäldenären betett sig på ett sådant sätt att det föreligger avsevärd risk — t o m "till visshet gränsande sannolikhet" — för att prestation ej kommer att ske på förfallodagen, kan däremot inte utgöra *ett fullbordat kontraktsbrott.*[7]

Köplagen ålägger säljaren och köparen "plikt" att för motpartens räkning ta vård om godset i vissa situationer.[8] Denna plikt är emellertid osjälvständig i förhållande till det med vårdnaden avsedda resultatet, nämligen godsets utgivande till motparten i oförändrat skick. Endast om sådana händelser, som vårdnaden av godset är avsedd och ägnad att förebygga, *verkligen inträffar,* har gäldenären gjort sig skyldig till försummelse som kan medföra påföljder.[9] Enbart underlåtenheten att ta vård om godset är ej belagd med någon påföljd, ej ens om den medför avsevärd risk för skada.

Emellertid kan gäldenären *avtalsvis* ha förbundit sig att före utgivandet av huvudprestationen vidta *vissa i avtalet specificerade åtgärder, avsedda att möjliggöra, underlätta eller säkerställa utgivandet av huvudprestationen.* Underlåtenhet att vidta sådana åtgärder utgör ett *fullbordat kontraktsbrott.*

[6] Jfr Rabel, a.st.
[7] Så däremot enligt UCC, se nedan under 4.
[8] Se 33 och 55 §§ KöpL.
[9] Almén, § 33 vid n. 61—63 och § 55 vid n. 54—58.

Denna typ av kontraktsbrott har uppmärksammats i köplagen såvitt angår *köparens* prestationsskyldighet. Hävningsrätt enligt 28 § tillkommer säljaren, ej blott då köparen underlåter att i rätt tid betala köpeskillingen utan också då han underlåter att vidta åtgärd, "varav dess utbekommande må bero". Härmed avses t ex underlåtenhet att teckna växelaccept och underlåtenhet att ställa avtalad säkerhet men även köparens underlåtenhet att lämna i lag föreskriven eller eljest åtagen medverkan vid avlämnandet.[1]

Denna regel kan uppfattas på två olika sätt. Almén ser den som en kodifiering av grundsatsen om hävningsrätt på grund av anteciperat kontraktsbrott.[2] Almén betonar alltså den risk för dröjsmål med betalningen, som uppkommer eller uppenbaras då köparen t ex underlåter att ställa föreskriven säkerhet. Andra författare motiverar hävningsrätten med att ett fullbordat kontraktsbrott redan förekommit.[3] Olika uppfattningar om regelns rättsgrund kan komma att påverka tolkningen av den i vissa fall.

Klart är att det för hävningsrätt fordras att ett fullbordat kontraktsbrott förekommit. Köparen skall ha underlåtit att vidta viss bestämd åtgärd, som åligger honom enligt avtalet eller köplagens utfyllande regler om hans skyldighet att medverka vid avlämnandet. Det räcker inte med att köparen i en uppkommen risksituation underlåtit att vidta *lämplig* åtgärd för att säkerställa köpeskillingens erläggande. Det är väl också klart att regeln syftar på sådana åtgärder, vars uteblivande åtminstone *generellt sett* är ägnat att medföra eller uppenbara en risk för att ej heller huvudprestationen kommer att erläggas korrekt.

Frågan är emellertid om det för hävningsrätt fordras att sådan risk föreligger *även i det konkreta fallet*. Då köparen underlåter att ställa föreskriven säkerhet, beror detta visserligen *i regel* på att han inte kan eller vill fullfölja avtalet, men det *kan* också bero på att han feltolkar avtalet med avseende på skyldigheten att ställa säkerhet och känner sig pikerad av säljarens krav. Lagtexten lämnar ingen ledning i frågan om säljaren kan häva även i det senare fallet. Åtgärd, varav köpeskillingens utbekommande "må bero", heter det i 28 §. Denna lokution klargör inte ens *vilket slag av samband* mellan den underlåtna åtgärden och köpeskillingens utbekommande som åsyftas. Inte heller

[1] Almén, § 28 vid n. 34—53a.

[2] Almén, § 28 vid n. 35. Genom 28 § har "för en omfattande grupp av fall begreppet anteciperad mora vunnit sanktion i själva lagtexten".

[3] Carlsson i SvJT 1924 s. 69: "För tillvaron av köparemora — även den anteciperade — är det en nödvändig förutsättning, att ett kontraktsbrott föreligger." Rodhe, § 19 vid n. 13.

framgår det om sambandet skall föreligga i det konkreta fallet, eller om det räcker att säljaren underlåtit att vidta åtgärder, som generellt sett har visst samband med köpeskillingens utbekommande. Svaret på den ställda frågan kan därför komma att bero på vilken uppfattning man har om stadgandets funktion. Anser man att det är *risken för framtida kontraktsbrott* som motiverar stadgandet, blir man benägen att ej medge hävningsrätt i det ovan anförda exemplet, där köparen feltolkar avtalet. Om man däremot betonar att underlåtenheten att ställa överenskommen säkerhet utgör *ett fullbordat kontraktsbrott i och för sig*, tenderar man till motsatt slut.[4]

Man skall inte överdriva skillnaden mella dessa båda synsätt. Den som, i likhet med Almén, hävdar att regeln bör ses som uttryck för principen om hävning på grund av anteciperat kontraktsbrott, medger säkert att det i detta fall inte fordras "till visshet gränsande sannolikhet" för hävningsrätt, och att denna skillnad jämfört med vad som eljest gäller beror på att ett (annat) kontraktsbrott redan inträffat. Den som betonar att hävningsrätten är anknuten till ett redan fullbordat kontraktsbrott måste, för att förklara varför en gentemot gäldenären så sträng kontraktsbrottspåföljd anknutits till dessa kontraktsbrott, vilka avser förpliktelser vilkas fullgörande inte *i och för sig* är av något intresse för borgenären, dra fram risken för ett kontraktsbrott även med avseende på huvudprestationen.[5] Också i det konkreta fallet måste man, även med detta synsätt, beakta riskfaktorn. Vid dessa kontraktsbrott fordras ju liksom eljest väsentlighet för hävningsrätt. Väsentlighet hos ett kontraktsbrott, som innebär underlåtenhet att fullgöra en förpliktelse med huvudsaklig eller enda funktion att säkerställa fullgörandet av en annan förpliktelse, kan knappast bedömas ur annan synpunkt än utifrån den risk för icke-uppfyllelse av den senare förpliktelsen som därvid uppkommer.

Man finner alltså att *både* den omständigheten att ett kontraktsbrott förekommit *och* att risk föreligger för att ett kontraktsbrott kommer att inträffa måste ha spelat en roll vid regelns utformning, och att båda dessa omständigheter också måste beaktas vid regelns tillämpning

[4] Se t ex Almén, § 28 vid n. 45 ff. ang. följderna av kreditsäljarnes underlåtenhet att medverka vid avlämnandet. Almén vill tydligen tillåta hävning endast då underlåtenheten visar att köpeskillingen ej kommer att erläggas i rätt tid.

[5] T ex Rodhe, § 19 vid n. 13: "Om gäldenärens förpliktelse på detta sätt utvidgas till att avse jämväl förberedelserna, behöver man icke fråga efter vilken grad av sannolikhet som föreligger för dröjsmål med den slutliga prestationen, och man har därmed undvikit att använda begreppet anteciperat dröjsmål såsom led i rättsregeln, ehuru den bakomliggande realiteten finnes kvar."

i konkreta fall. Skillnaden mellan de båda beskrivna synsätten ligger endast i den olika relativa betydelse man vill tillmäta det redan inträffade kontraktsbrottet respektive det väntade kontraktsbrottet.

Liknande kontraktsbrott kan förekomma med avseende på *säljarens prestationsskyldighet*. Även denne kan ha åtagit sig förpliktelser med enda eller huvudsaklig funktion att säkra fullgörandet av en annan förpliktelse såsom att godset i rätt tid, på rätt plats och i kontraktsenligt skick kommer köparen tillhanda, eller att köparen får full ekonomisk kompensation vid ett eventuellt kontraktsbrott. Det är inte ovanligt att säljaren åtar sig att skaffa borgen, och inte sällan skall han följa preciserade anvisningar vid godsets tillverkning eller transport till köparen. Köplagen behandlar visserligen inte andra kontraktsbrott än dröjsmål och fel i godset, men det är allmänt erkänt att reglerna härom skall tillämpas analogt vid andra kontraktsbrottstyper.[6] Då det är fråga om förpliktelser, som i funktionellt (ehuru icke i formellt) avseende har en osjälvständig karaktär, t ex underlåtenhet att teckna försäkring och orderstridigt försändande i vissa fall, måste man beakta risken för ickeuppfyllelse av den förpliktelse, vilkens fullgörelse skall säkerställas genom den funktionellt osjälvständiga förpliktelsen. Detta sker lämpligen inom ramen för väsentlighetsbedömningen.[7]

d Det råder också delar meningar om hur man skall uppfatta regeln i 39 §, som ger säljaren rätt att häva köpet vid *köparens insolvens*. Almén och en majoritet inom den skandinaviska doktrinen hävdar att regeln kan härledas ur principen om hävningsrätt på grund av anteci-

[6] Se Almén, Tillägg till §§ 21—27.

[7] Egendomligt nog tycks Almén inte alls beakta den funktionellt osjälvständiga karaktären hos detta slags förpliktelser och betrakta dem utifrån synpunkten anteciperat kontraktsbrott. Se t ex Tillägg till §§ 21—27 vid n. 72 ff., där det förutsätts att 27 § är tillämplig vid orderstridigt försändande. Om säljaren inte reklamerar och godset sedermera förolyckas till följd av det oriktiga försändningssättet, kan säljaren inte "taga det oriktiga försändningssättet till förevändning för att komma ifrån ett avtal, som han, om allt gått lyckligt, icke skulle tvekat att vidbliva". Eljest gäller ju vid gäldenärens underlåtenhet att vidta åtgärder för uppnående av visst resultat att den rätt att häva i förtid som kan föreligga redan när det föreligger *risk* att resultatet ej kommer att uppnås ej motsvaras av någon *skyldighet* att redan då reagera och ta ställning. Vid § 64 n. 58 kommenterar Almén väsentlighetskravet vid underlåtenhet att teckna försäkring utan att alls dra in risken för att ett försäkringsfall skall uppkomma. I U 1933.863 (Børsvoldgift) ansågs det inte föreligga någon skyldighet att reklamera över felaktig försäkring, och säljaren blev följaktligen ersättningsskyldig för brandskada som ej täcktes av försäkringen.

perat kontraktsbrott.[8] Enligt en annan uppfattning är regelns funktion endast att skydda kreditsäljaren mot risken för att förlora både godset och köpeskillingen.[9]

39 § gäller endast *kreditsäljaren,* och hävningsrätt inträder *vid den för godsets avlämnande bestämda tiden.* Hävningsrätten inträder alltså inte redan vid den tidpunkt då kontraktsbrottet kan anteciperas, d v s när insolvensen uppenbaras.

Det intresse som bär upp reglerna om hävningsrätt vid anteciperat kontraktsbrott är, som ovan utvecklats, att sådana regler ger borgenärer, som troligen kommer att bli utsatta för kontraktsbrott, möjlighet att utan risk vidta skadeförebyggande åtgärder. Detta ändamål främjas bäst om borgenären kan frigöra sig från avtalet *så tidigt som möjligt.* Utmärkande för andra regler om hävning på grund av anteciperat kontraktsbrott är att hävningsrätten inträder så snart kontraktsbrottet kan anteciperas. Om man vill hävda att hävningsrätten enligt 39 § skall ses som uttryck för grundsatsen om hävning på grund av anteciperat kontraktsbrott, blir det svårt att förklara varför rätten inträder först vid den för avlämnandet bestämda tiden och ej redan när insolvensen uppenbaras.

De skador, som kan uppkomma vid *köparens* kontraktsbrott och som kan förebyggas om borgenären i tid vidtar åtgärder, är väl främst *prisfallsskador.*[1] Dessa kan borgenären undgå genom att försälja godset till tredje man. Men även om det inte finns någonting som direkt tyder på att godset kommer att falla i pris, kan det i insolvensfallen finnas anledning att ge säljaren rätt att häva i förtid. Då risken för ett kontraktsbrott beror på att köparen är insolvent kan man nämligen räkna med, att om prisutvecklingen går i en för köparen förmånlig riktning, kommer denne (eller hans konkursbo) oavsett insolvensen att fullfölja köpet. Situationen är alltså den att säljaren-borgenären bär risken för prisfall *utan någon motsvarande möjlighet att göra en vinst om prisutvecklingen går i annan riktning.* Detta brukar uttryckas så att köparen ges möjlighet att "spekulera på säljarens bekostnad", och skulle

IV. A. 3. d.

[8] Almén, § 39 n. 2 a; köparens insolvens utgör en "typisk form" för begreppet anteciperad mora, Ussing, Alm. del § 11 III D 5 och i SvJT 1942 s. 509 ff., dock ej typisk form utan ett "specialfall", Rodhe, § 19 vid n. 11, Rudolf Eklund i SvJT 1942 s. 664 ff. En bärande tanke i Hillgårds avhandling, Bidrag till läran om säljarens stoppningsrätt, är att köparens insolvens är en form av anteciperat kontraktsbrott och också bör behandlas som ett sådant.

[9] Carlsson i SvJT 1924 s. 69 ff., Bomgren i SvJT 1942 s. 289 ff.

[1] Jfr dock nedan om beställningsköpen.

utgöra ytterligare ett skäl att ge säljaren-borgenären rätt att häva i förtid vid inträffad insolvens.

Emellertid har man de lege lata i insolvensfallen stannat för att låta säljaren avvakta den för avlämnandet bestämda tiden. Detta gäller *alla insolvensfall* (såvida inte successiv leverans är avtalad). Den dominerande uppfattningen torde vara att 39 § *fullständigt* reglerar säljarens rätt att häva i förtid på grund av inträffad insolvens.[2] Säljaren kan alltså inte, om de i 39 § angivna förutsättningarna för hävningsrätt ej är förhanden, häva i förtid på grund av köparens insolvens med stöd av den allmänna regeln om hävningsrätt vid anteciperat kontraktsbrott.

Möjligen intar beställningsköpen även i detta hänseende en särställning. Här vill doktrinen åtminstone de lege ferenda ge säljaren rätt att häva redan när insolvensen uppenbaras. Detta beror naturligtvis på att vid beställningsköpen särskilt stora skador kan uppkomma, om köparen inte förmår fullfölja köpet. Dessa skador kan undvikas om säljaren i tid avbryter tillverkningen.[3]

4 De i praktiken förekommande fallen av hävning på grund av anteciperat kontraktsbrott kan i regel sorteras in under någon av de ovan under 3 angivna specialfallen, där hävningsrätten anknutits till relativt lättkonstaterbara fakta. Att döma av i NJA refererade mål är det sällsynt att borgenären åberopar den allmänna regeln om rätt att häva på grund av anteciperat kontraktsbrott. Beviskravet ligger tydligen för högt för att regeln skall få någon större praktisk betydelse.[1]

Att det faktiskt finns ett behov av att kunna häva i förtid vid risk

[2] Se Ussing i SvJT s. 509 f. U. uppfattar också Alméns ståndpunkt så att denne endast i undantagsfall (främst då köparen *vägrar* att fullfölja köpet) vill ge säljaren rätt att häva i förtid. Se vidare Bomgren, a.a. och Carlsson, a.a. s. 72, (Hillgårds förslag om hävning i förtid "ett steg ut i mörkret"). Eklund hävdar däremot i a.a. att köparens obestånd under vissa omständigheter, nämligen när köparen är insolvent och det också är uteslutet att *någon annan* skulle träda in och fullfölja köpet, bör ge säljaren en rätt att häva i förtid. Ståndpunkten tycks dock främst avse beställningsköpen.

[3] Ussing, Køb § 13 II D, anser de lege ferenda att hävningsrätten bör inträda tidigare, åtminstone vid beställningsköpen, Almén, § 39 n. 170, Eklund, a.a., Carlsson, a.a s. 72.

[1] En situation, där regeln kan få viss praktisk betydelse, är när köparen får kännedom om att det parti, ur vilket säljaren ämnar fullgöra sin leveransskyldighet, är felaktigt. I NJA 1925 s. 151 fordrade säljaren betalt för virke före leverans enligt approximativ faktura. Köparen ville då förvissa sig om att säljaren hade leveransgillt virke, och gjorde gällande att det parti, som säljaren då anvisade honom, var behäftat med väsentligt fel. HD:s majoritet fann inte styrkt att så var fallet, men av skrivningen (se särskilt JustR:s Appelbergs votum) framgår att det var fråga om tillämpning av reglerna om hävning på grund av anteciperat kontraktsbrott. I NJA 1932 A 319 ämnade säljaren fullgöra en leverans av sill

för kontraktsbrott visar bestämmelserna i § 2—609 UCC om Right to Adequate Assurance of Performance.[2] I kommentaren framhålls, hur viktigt det är för parterna att naturauppfyllelse av avtalet verkligen kommer till stånd. Borgenären är inte tillräckligt skyddad genom rätten till ekonomisk kompensation, när ett kontraktsbrott redan inträffat. "A continuing sense of reliance and security that the promised performance will be forthcoming when due", är ett viktigt moment i affärsuppgörelsen.[3] Gäldenärens skyldighet att tillgodose detta intresse har i själva lagtexten formulerats som en regelrätt avtalsförpliktelse. "A contract for sale imposes an obligation on each party that the other's expectation of receiving due performance will not be impaired." För att skydda detta intresse har man infört mycket långtgående bestämmelser. Så snart borgenären har "reasonable grounds for insecurity" beträffande motpartens prestation, kan han innehålla den egna prestationen och fordra "adequate assurance" för att gäldenärens prestation verkligen kommer till stånd. "Reasonable grounds for insecurity" kan vara vad som helst, t o m ett felaktigt rykte om att gäldenären är insolvent. Vilken form av säkerhet som skall ställas beror på omständigheterna. Ibland kan det vara tillräckligt med ett bankbesked, som visar att gäldenärens ekonomiska ställning är god, ibland kan det fordras att säljaren rättar till ett fel i en redan verkställd leverans o s v.[4] Om gäldenären inte lämnar säkerhet inom skälig tid, ej överstigande 30 dagar, kan borgenären häva enligt reglerna om repudiation.

B Rätten att häva i förtid vid successiv leverans

1 Enligt 22 och 46 §§ kan köparen, då det föreligger ett kontraktsbrott anseende viss post som berättigar honom att häva beträffande denna post, häva också för framtiden, såvida ett upprepande av kon-

ur ett större parti som innehöll 9 % icke leveransgill vara. Det var emellertid fullt möjligt att ur detta parti utsortera leveransgillt gods till köparen. HD:s majoritet biföll köparens hävningsyrkande med motiveringen att säljaren inte erbjudit sig att företa den nödvändiga utsorteringen. Ett JustR ville emellertid ogilla hävningsyrkandet, eftersom det inte var "styrkt", att säljarna uttryckligen förklarat sig ämna för leveransens fullgörande använda sådana delar av det anvisade partiet, vilka icke voro av leveransgill beskaffenhet".

[2] Jfr Ruud och Lando i UfR 1965 s. 25 ff.

[3] Comment under 1.

[4] Se närmare Comment under 3 och 4.

traktsbrottet "skäligen kan befaras". Enligt motsvarande stadgande i 29 § kan säljaren i regel häva för framtiden då köparen råkat i dröjsmål med betalningen för en post, "dock ej där all anledning saknas att befara dröjsmålets upprepande".

Dessa regler erbjuder en särskild komplikation på grund av svårigheten att skilja mellan vad som skall bevisas ("bevistemat", här rättsfaktum i regeln) och vilket mått av bevisning som fordras ("beviskravet"). Reglerna bör uppfattas så att det är *risken* för ett kontraktsbrott som är rättsfaktum. Regeln i 22 och 46 §§ innebär då att köparen skall "styrka", "visa"[1] att en viss måttlig risk ("skäligen kan befaras") för ett kontraktsbrott förelegat. Regeln i 29 § innebär att köpet kan hävas redan vid en obetydlig risk för ett upprepande ("*all* anledning saknas"). Vidare är det enligt förarbeten och doktrin gäldenären-köparen som har bevisbördan för att inte ens en sådan obetydlig risk förelegat.[2]

Vid bedömningen av risken för ett upprepande skall domstolen utgå från situationen *sådan den tedde sig för borgenären vid tidpunkten för hävningsåtgärden.*[3] Förhållanden som framkommit eller händelser som utvecklat sig först efter denna tidpunkt skall inte beaktas vid avgörandet av om hävningsrätt förelegat. Att förhållandena senare oväntat utvecklat sig på ett sådant sätt att gäldenären blir i stånd att fullgöra sin prestationsskyldighet inverkar alltså inte på bedömningen.

Denna begränsning av det material som vid en domstolsprövning får läggas till grund för sannolikhetsbedömningen är nödvändig för att bestämmelserna skall fylla sin funktion. Om förhållanden, som inträffat eller uppdagats först efter hävningen, fick beaktas, skulle reglernas funktion helt spolieras. Det är just för att borgenären *i tid* skall kunna vidta skadeförebyggande åtgärder, *utan att riskera* att i de fåtal fall

IV. B. 1.

[1] Eftersom ingenting annat sägs. Se Ekelöf, Rättegång IV s. 70 och 101 f. om "visst" som ett normalkrav på bevisningens styrka.

[2] NJA II 1906 N:r 1 s. 46 (av JustR Hellströms och Peterssons uttalanden i anslutning till 22 § framgår att de utgår från att bevisbördan enligt 29 § ligger på köparen), Almén, § 29 vid n. 5 (skillnaden mellan 22 och 29 §§ kommer i praktiken att verka som en omkastning av bevisbördan), Bengtsson, § 14 vid n. 33, Winroth, Köp s. 161. Bevisbördans placering framgår emellertid inte direkt av lagtexten. Svensk lagtext är inte utformad enligt principen, att den part som har intresse av att det i lagen beskrivna sakförhållandet föreligger, bär bevisbördan, se Ekelöf, a.a. s. 75 f.

[3] Se NJA II 1906 s. 60. Som exempel på fall där ett inträffat dröjsmål med betalningen ej ger säljaren rätt att häva för framtiden nämns att en penningförsändelse, *"säljaren veterligt"*, förkommit på vägen till säljaren. Se vidare Almén, § 22 efter n. 13 och Bengtsson, § 14 vid n. 35 o. vid n. 58 med hänvisningar till rättsfall.

där förhållandena utvecklar sig på ett oväntat sätt bli tvungen att ta emot en prestation, som han inte längre har användning för, eller ställas inför krav på leverans, som han inte längre kan fullgöra, som bestämmelserna tillkommit. Av samma skäl skulle reglernas funktion äventyras om förhållanden, som visserligen förelegat vid tidpunkten för hävningsåtgärden men som då inte varit kända eller ens bort vara kända för borgenären, fick beaktas vid bedömningen.

Det är alltså den vid tidpunkten för hävningsåtgärden föreliggande risken för kontraktsbrott, ej det väntade kontraktsbrottet självt, som utgör rättsfaktum i reglerna. Att det föreligger större eller mindre risk för ett kontraktsbrott är emellertid samma sak som att det är mer eller mindre sannolikt att ett kontraktsbrott kommer att inträffa. De nu behandlade reglerna företer därför påtagliga likheter med sådana regler, *där en materiell rättsregel kombineras med en bevisbörderegel med ett specificerat beviskrav.*[4] Om reglerna betraktas på detta sätt utgörs rättsfaktum av det väntade kontraktsbrottet eller — om man utgår från den vanliga situationen i en process — det kontraktsbrott som skulle ha inträffat om inte borgenärens hävningsåtgärd kommit emellan. Att hävning kan ske redan då det "skäligen kan befaras" att en kontraktsbrott kommer att inträffa (eller skulle ha inträffat), är då en regel om *hur stark bevisning* rörande rättsfaktums existens som fordras för att borgenärens talan skall bifallas. Han behöver inte "styrka" rättsfaktums existens, utan det räcker med ett mindre mått av bevisning. Regeln i 29 §, beskriven på motsvarande sätt, innebär att köparen skall visa att något ytterligare betalningsdröjsmål ej kommer att inträffa (eller ej skulle ha inträffat), och att det beviskrav som riktas mot honom är starkt. Det räcker inte med att han t ex gör det sannolikt att betalning kommer att erläggas (eller skulle ha erlagts) för följande poster. Det fordras att "all anledning saknas" att befara nya kontraktsbrott.

Jag har redan nu velat påvisa släktskapen mellan å ena sidan regler som anknyter rättsföljder till *blotta risken* för att någonting skall inträffa och å andra sidan regler, där det krävs *ett mindre mått av bevisning för rättsfaktums existens* eller där bevisbördan är omkastad. I ett senare sammanhang kommer jag nämligen att begagna mig av denna släktskap för att klargöra vissa rättstekniska överväganden som kan ligga bakom reglerna om rätt att häva i förtid vid successiv leverans.[5]

[4] Om dylika regler, se Ekelöf, a.a. s. 66 ff. om Bevisbördan.
[5] Se nedan under 3.

2 De nu beskrivna reglerna uppfattas allmänt som regler om rätt att häva på grund av anteciperat kontraktsbrott. Enligt min ovan redovisade metod[1] för beskrivning och analys av reglerna om hävning vid successiv leverans skall de då jämföras med motsvarande regler, då successiv leverans icke är avtalad.

Regeln i 22 och 46 §§ skall jämföras med huvudregeln om hävning på grund av anteciperat kontraktsbrott. Enligt denna sistnämnda regel fordras för hävningsrätt "till visshet gränsande sannolikhet" för att ett kontraktsbrott skall inträffa. Enligt 22 och 46 §§ räcker det med "skäligen kan befaras". Visserligen är det svårt — för att inte säga omöjligt — att avgöra vilken grad av sannolikhet (uttryckt i matematiska termer) som avses med dylika uttryck. Det kan dock fastslås att det vid successiv leverans räcker med en betydligt mindre risk för ett upprepande än då successiv leverans icke är avtalad.[2] Regeln innebär alltså en avvikelse från den ovannämnda huvudregeln.

Regeln om säljarens rätt att häva för framtiden enligt 29 § är, vilken jämförelsepunkt man än väljer, särdeles sträng mot gäldenären. Den är sträng jämfört med huvudregeln om anteciperat kontraktsbrott. Det räcker med en liten risk för ett upprepande, och dessutom är det gäldenären som har bevisbördan för att inte ens denna lilla risk är förhanden.

Ännu mer relevant som jämförelseobjekt är kanske regeln i 39 § om hävning vid köparens insolvens. 29 § är visserligen tillämplig även i fall, där det inträffade dröjsmålet har annan grund än köparens insolvens, men torde dock ha uppställts med främst dessa fall i åtanke. Vid en jämförelse med 39 § ter sig regeln i 29 § ännu mer markerat sträng mot gäldenären. För rätt att häva i förtid jämlikt 39 § fordras endera att köparens insolvens manifesterat sig i något yttre lätt konstaterbart faktum, konkurs, betalningsinställelse etc, eller att det "måste antagas" att köparen ej kommer att kunna betala på förfallodagen. Med denna lokution avses en betydligt högre grad av sannolikhet än den som fordras för hävning enligt 29 §. Ännu mer betydelsefull är

[1] Se ovan s. 125 f.

[2] Ekelöf, se a.a. s. 67, 78, arbetar med fyra olika grader av sannolikhet; uppenbart, visst/styrkt, sannolikt och antagligt. Uttrycket till visshet gränsande sannolikhet är väl närmast synonymt med Ekelöfs "visst/styrkt", medan "skäligen kan befaras" ungefär motsvarar "antagligt". Ekelöf rekommenderar att man begränsar sig till ett fåtal standardiserade uttryck för att ange den erforderliga bevisstyrkan; att laborera med ett stort antal olika bevisgrader är meningslöst, då innebörden härav dock är så vag.

den skillnad som ligger i att hävningsrätt enligt 39 § endast tillkommer kreditsäljaren och inträder först vid den för godsets avlämnande bestämda tiden, medan hävningsrätt enligt 29 § inträder redan när den händelse som ger anledning att antecipera kontraktsbrott inträffat.

En skillnad som också kräver sin förklaring är den som föreligger mellan å ena sidan 29 § och andra sidan 22 och 46 §§. 29 § är betydligt strängare mot gäldenären än 22 och 46 §§. Någon mer utförlig förklaring till dessa avvikelser har, såvitt jag har kunnat finna, inte framlagts i lagens förarbeten eller inom doktrinen. Man nöjer sig med att konstatera att dröjsmål eller fel beträffande en post ofta ger vid handen att även följande poster (eller betalningen för följande poster) kommer att bli fördröjda eller vara felaktiga. Vidare antyder man att ett inträffat kontraktsbrott, särskilt om det är culpöst, måste tillmätas ett särskilt bevisvärde, samt hänvisar till borgenärens intresse av att kunna häva i förtid.[3]

Utan tvivel förhåller det sig så att ett inträffat kontraktsbrott beträffande en post ofta ger anledning att befara kontraktsbrott även beträffande följande poster. Just det förhållandet att gäldenären presterar successivt medför i ett stort antal fall, att de omständigheter, som ger vid handen eller gör det sannolikt att ett kontraktsbrott kommer att inträffa, *blir kända för borgenären*. Även om köparens rätt att häva på grund av anteciperat kontraktsbrott vid successiv leverans var begränsad enligt huvudregeln om hävning på grund av anteciperat kontraktsbrott, skulle han i fler fall än utanför området för successiv leverans kunna begagna sig av regeln. Klart är också att det inträffade

[3] Att dröjsmål med betalningen "i allmänhet" visar att dröjsmålet kommer att upprepas, anför den svenska köplagskommittén som grund för säljarens omfattande rätt att häva för framtiden, se NJA II 1906 N:r 1 s. 59 f. I de danska och norska motiven anförs detta förhållande direkt som grund till olikheten mellan 22 § och 29 §, D mot. s. 56 a och N mot. s. 34 b, jfr Almén, § 29 vid n. 5. Vid HD:s granskning av förslaget framhävde JustR Petersson köparens intresse av att kunna häva i förtid (och ville därför att liksom i 29 § presumtionen skulle läggas emot gäldenären), se NJA II 1906 N:r 1 s. 46. Almén, § 22 vid n. 10, skriver om rätten att häva på grund av anteciperat kontraktsbrott jämlikt 22 §: "Grunden till detta stadgande ligger i köparens starka intresse i att inte behöva avvakta den tid, då nästa post skolat avlämnas (— — —), och riskera att även då bliva strandsatt. Stadgandet i fråga tillgodoser köparens billiga anspråk att slippa hava något vidare att skaffa med en medkontrahent, vars upprepade försumlighet eller dåliga ekonomi giver anledning att befara, det ej heller kommande poster skola i rätt tid avlämnas. Vid avtal om successiv leverans utöva alltså subjektiva omständigheter å morantens sida ett icke ringa inflytande på hävningsrätten."

kontraktsbrottet i och för sig i vissa fall, t ex vid fel i gods som säljaren själv tillverkar, kan utgöra fullt bevis för att inte heller följande poster kommer att vara kontraktsenliga.

Genom att påvisa dessa förhållanden har man inte förklarat varför man, då successiv leverans är avtalad och ett kontraktsbrott redan inträffat, ställer *lägre krav än eljest* på den sannolikhet som erfordras för rätt att häva i förtid. Man har inte förklarat varför, *vid samma grad av sannolikhet för ett kontraktsbrott i framtiden,* olika regler gäller beroende på om det är fråga om successiv leverans och ett kontraktsbrott redan inträffat eller om så inte är fallet.

Det är härvid inte tillräckligt att hänvisa till borgenärens intresse av att få häva i förtid. Sådant intresse har borgenären även utanför successiv leverans. För att förklara avvikelsen måste det visas att detta intresse är *större än eljest.*

I det föregående har utvecklats att regler om hävning på grund av anteciperat kontraktsbrott bygger på en otillräcklig kunskap om verkligheten. Man vet mycket litet om den styrningseffekt, som dock måste antas vara regelns ratio.[4] En viss regel om hävning på grund av anteciperat kontraktsbrott är därför — sedd isolerad — inte åtkomlig för kritik. Däremot bör det vara möjligt att finna en förklaring till — och således även kritiskt granska — *skillnader* mellan regler om hävning på grund av anteciperat kontraktsbrott i olika typsituationer.

Man känner nämligen den intressekonstellation och -konflikt som bör vara bestämmande för de nu diskuterade reglernas utformning. Å ena sidan står intresset av att borgenären vidtar skadeförebyggande åtgärder i de fall där ett kontraktsbrott kommer att inträffa. Å andra sidan står intresset av att den gäldenär, som ej skulle komma att begå (ytterligare) kontraktsbrott, inte utsätts för (omfattande) kontraktsbrottspåföljder. Om man, såsom vid successiv leverans, medger hävning vid viss relativt låg grad av sannolikhet för ett kontraktsbrott i framtiden, bör detta bero på att de skäl som talar för hävning gör sig gällande med särskild styrka eller att de skäl som talar emot hävning inte har samma tyngd som eljest.

Skillnaden kan inte bero på att en regel om rätt att häva i förtid vid viss grad av sannolikhet *förebygger skada i ett större antal fall* då successiv leverans är avtalad än eljest. Det lilla man vet om styrningseffekten hos regler av detta slag motiverar verkligen inte uppställandet av olika regler i olika typsituationer, då en enhetlig regel

[4] Jfr ovan s. 178 f.

i och för sig — alltså just på grund av sin enhetlighet — är att föredra.

Skillnaden måste då bero på att en *kvalitativ* avvägning av de mot varann stående intressena ger annat utslag vid successiv leverans. Bakgrunden till de särskilda reglerna om rätt att häva i förtid vid successiv leverans är troligen att de skäl som talar emot hävning i förtid i detta fall ej kan tillmätas samma vikt som eljest.

En regel som ger hävningsrätt vid viss låg grad av sannolikhet för kontraktsbrott i framtiden medför att ett icke obetydligt antal gäldenärer, *vilka skulle ha fullgjort den prestationsskyldighet som omfattas av den förtida hävningen,* kommer att utsättas härför. För rätt att häva i förtid på grund av anteciperat kontraktsbrott enligt 29 och 46 §§ fordras emellertid *att ett kontraktsbrott, t o m ett väsentligt kontraktsbrott, redan inträffat.* Detta rör visserligen annan post än den eller de poster, beträffande vilka köpet hävs i förtid, men det avser dock *samma avtal.* Hävningspåföljden kommer visserligen att drabba gäldenärer, vilka skulle ha fullgjort den prestationsskyldighet som omfattas av den förtida hävningen, men dessa gäldenärer har gjort sig skyldiga till kontraktsbrott rörande annan del av prestationsskyldigheten enligt samma avtal. Under sådana förhållanden drabbas de inte helt oförtjänt av hävningspåföljden. Det måste vara detta som föranlett de gentemot gäldenären relativt stränga reglerna om rätt att häva i förtid på grund av anteciperat kontraktsbrott, då successiv leverans är avtalad och ett kontraktsbrott redan inträffat.

Dessa regler innebär alltså att ett kontraktsbrott beträffande en post, *just i sin egenskap av underlåtenhet att uppfylla en del av den samlade prestationsskyldigheten enligt avtalet,* tillagts rättslig betydelse för rätten att häva beträffande kommande poster. De innebär då ett avsteg från eller en uppluckring av principen, att de olika posterna skall behandlas som separata avtal. De regler som speglar principen om de olika posterna som skilda avtal — alltså de regler som begränsar hävningsrätten till den post som berörs av kontraktsbrottet — sätts ur spel i ett stort antal fall, och detta av den anledningen att gäldenären begått ett kontraktsbrott beträffande annan post och därför inte kan påräkna samma hänsyn som eljest.

HD:s tolkning av reklamationsreglerna i 52 §, tillämpade på rätten att häva för framtiden vid successiv leverans, tyder också på att hävningsrätten främst beror på att det redan inträffat ett kontraktsbrott. Om köparen försitter reklamationstiden efter mottagandet av en felaktig post, förlorar han också rätten att häva för framtiden enligt

46 §. Vidare måste han utöva sin hävningsrätt enligt 46 § utan oskäligt uppehåll efter det han mottagit den felaktiga posten.[5] När rätten att häva i förtid grundas på säljarens förklaring att han ej kommer att leverera kontraktsenligt, räcker det att köparen protesterar utan oskäligt uppehåll, och hävningsrätten kan utövas utan tidsbegränsning.[6] Om det inte förekommit något kontraktsvidrigt beteende och rätten att häva i förtid således beror uteslutande på risken för kontraktsbrott, lär det inte föreligga någon skyldighet för borgenären att protestera eller fatta ståndpunkt inom viss tid. I Uniform Commercial Code skiljer man mellan de fall, där rätten att häva för framtiden vid successiv leverans beror på det redan inträffade kontraktsbrottet som sådant, och de fall där hävningsrätten beror på risken för nya kontraktsbrott. I de förra fallen måste borgenären reklamera för att bevara sin hävningsrätt beträffande övriga delar av godset.[7] I de senare fallen föreligger inte någon reklamationsskyldighet.[8]

3 Vad som ovan anförts kan tjäna som förklaring till skillnaderna mellan reglerna om hävning på grund av anteciperat kontraktsbrott vid respektive utanför successiv leverans, men knappast till skillnaden mellan köparens och säljarens hävningsrätt vid successiv leverans. Såväl köparens som säljarens rätt att häva i förtid med stöd av de särskilda reglerna härom vid successiv leverans förutsätter ju att ett kontraktsbrott redan inträffat, och varför skulle köparen behandlas strängare än säljaren.

Emellertid har jag hitintills underlåtit att beakta en faktor som kan ha spelat en roll vid reglernas utformning, nämligen *rättstekniska hänsyn*. Rättstekniska hänsyn av det slag det här är fråga om brukar behandlas i den processrättsliga litteraturen.

En viss typ av regler kallas *presumtioner*. Utmärkande för dessa regler är att förhandenvaron av viss faktisk omständighet, den *presumerande* omständigheten, medför en *bevislättnad* för den (eljest) bevisskyldige parten rörande förhandenvaron av annan faktisk omständighet, den *presumerade* omständigheten.[1] De "äkta" presumtionerna skiljer sig från vanliga bevisbörderegler genom att bevislättnaden inträder

[5] Se NJA 1927 s. 166 I och II.
[6] Se NJA 1925 s. 50, 1913 s. 315.
[7] § 2—612 (3) UCC.
[8] § 2—610, Comment under 4.
IV. B. 3.
[1] Ekelöf, a.a. s. 79 ff.

endast under förutsättning att det presumerande faktum föreligger.[2] Det finns olika slag av presumtioner. Som bekant skiljer man mellan *presumtiones juris et de jure,* som utmärks av att de ej kan motbevisas, t ex bestämmelsen om rattfylleri i 4 § 1 mom. tredje stycket TBL, och *presumtiones juris,* som skiljer sig från de förra genom att de ej utesluter motbevisning. Det mest bekanta exemplet på det senare slaget av presumtioner är faderskapspresumtionen i FB 3:2. Men även inom den senare gruppen urskiljer man olika varianter. Förhandenvaron av presumerande faktum kan medföra en omkastning av bevisbördan, men bevislättnaden kan också inskränka sig till en sänkning av kravet på den bevisning som den (även eljest) bevisskyldige parten skall prestera.[3]

Reglerna om rätt att häva i förtid kan ses som dylika presumtioner, nämligen om man betraktar dem som materiella rättsregler i kombination med *bevisbörderegler med specificerade beviskrav.* Vi bortser alltså tills vidare från att det är sannolikheten för att ett kontraktsbrott kommer att inträffa som utgör rättsfaktum, och betraktar i stället det väntade kontraktsbrottet som rättsfaktum och sannolikhetskravet som en regel om *vilket mått av bevisning som fordras för att borgenärens talan skall bifallas.*[4] Det redan inträffade kontraktsbrottet utgör då den *presumerande* omständigheten, och den omständighet som presumeras föreligga är det väntade kontraktsbrottet. Reglernas karaktär av "äkta" presumtioner (till skillnad från vanliga bevisbörderegler)[5] framträder vid en jämförelse med de regler som eljest gäller om rätten att häva i förtid. Endast då ett kontraktsbrott redan inträffat, räcker det för bifall att köparen gör det antagligt ("skäligen kan befaras") att ett kontraktsbrott kommer att inträffa i framtiden,[6] och är det vid betalningsdröjsmål köparen som är skyldig att visa att ett kontraktsbrott *inte* kommer att inträffa.

Genom att betrakta de nu behandlade reglerna som *presumtioner* har man emellertid inte löst frågan *av vilken anledning* det redan inträffade kontraktsbrottet tillagts presumtionsverkan. Redan ett ytligt studium av den processrättsliga litteraturen visar att frågan om presum-

[2] A.a. s. 84.
[3] A.a. s. 85 vid n. 60; en förflyttning av bevisbördepunkten från en punkt till en annan "på *samma* sida om skalans mittpunkt".
[4] Jfr ovan s. 192.
[5] Jfr ovan vid n. 2.
[6] Regeln i 22 och 46 §§ utgör ett exempel på att bevislättnaden är begränsad till en förflyttning av bevisbördepunkten från en punkt till en annan på *samma* sida om skalans mittpunkt, jfr ovan n. 3.

tionsreglernas (liksom bevisbördereglernas över huvud) funktion är tämligen outredd och att uppfattningarna går isär.

Bolding företräder en klar uppfattning. Vid presumtioner, liksom vid bevisbörderegler över huvud, är den springande punkten: "Är en felaktig dom i den ena riktningen mer betänklig än en felaktig dom i den andra riktningen?" Endast då så är fallet finns det anledning att uppställa en presumtion. Orsaken till att man uppställer en presumtion är att, *då presumerande faktum föreligger,* en felaktig dom av det ena slaget är en mindre olägenhet än en felaktig dom av det andra slaget.[7] Tilllämpat på de nu behandlade reglerna innebär resonemanget att det redan inträffade kontraktsbrottet tillagts presumtionsverkan därför att, då ett kontraktsbrott redan inträffat, en dom som medger hävningsrätt, oaktat det presumerade faktum icke föreligger (eller snarare icke kommer att inträffa), är mindre betänklig än en dom som ej medger hävningsrätt, trots att ett kontraktsbrott kommer att inträffa (29 §) eller i vart fall mindre betänklig än eljest (22 och 46 §§).[8] Detta är ju samma överväganden som jag i det föregående dragit fram som en möjlighet och t o m trolig bakgrund till de särskilda reglerna om hävning vid successiv leverans, ehuru jag då inte begagnade mig av en processrättslig terminologi.[9]

Ekelöf ger en rätt så allmän formulering av ändamålet med bevisbördereglerna, till vilka han även räknar presumtionerna. Bevisbördereglernas uppgift är att bidra till "*förverkligandet av de ändamål, som uppbär de materiella reglerna*".[1] Därför kan man inte utforma någon generell bevisbörderegel, utan de olika bevisbördeproblemen måste behandlas "*inom ramen för ifrågavarande civilrättsliga institut*".[2]

I ett särskilt avsnitt i framställningen om bevisbördereglernas funktion diskuterar Ekelöf "Bevislättnad".[3] Det påpekas där, att om man kräver stark bevisning för ett svårbevisat rättsfaktum, "kan det hända att den materiella regeln förlorar all praktisk betydelse".[4] Man kan då förfara så att man generellt sänker kravet på bevisning. Emellertid kan det finnas skäl att endast under viss eller vissa speciella betingelser medge

7 A.a. s. 90 vid n. 24 o. s. 139.
8 Bolding torde i sina formuleringar ha bortsett från att presumtionsverkan ej behöver innebära en omkastning av bevisbördan.
9 Ovan s. 196.
1 Ekelöf, a.a. s. 93.
2 A.a. s. 94.
3 A.a. s. 101 ff.
4 A.a. s. 102.

en bevislättnad. Då kan *tillämpningen av en presumtion* utgöra en lämplig lösning på problemet.[5]

Ekelöf anvisar alltså presumtionerna som en metod att komma tillrätta med de olägenheter som kan uppkomma, då rättsfaktum är svårbevisat. Han talar emellertid inte om i vilka situationer just en presumtion och inte en generell bevislättnad är att föredra. I annat sammanhang påvisar emellertid Ekelöf vissa för presumtionerna utmärkande drag, som kanske ger nyckeln till deras funktion. Den presumerande omständigheten brukar ha ett visst *naturligt bevisvärde* för den presumerade omständigheten.[6] Vidare brukar den presumerande omständigheten vara *mer lättbevisad* än den presumerade.[7] Dessa för presumtioner i allmänhet utmärkande drag skall sammanställas med uttalanden i köplagens förarbeten, där man, *såsom en motivering* för den utvidgade rätten att häva i förtid, anför, att kontraktsbrott beträffande en post tyder på att kontraktsbrott kommer att inträffa även i fortsättningen.[8]

Ett kontraktsbrott, som ännu icke inträffat, är utan tvivel ett mycket svårbevisat rättsfaktum. Om hävningsrätten ändock anknyts till full eller i det närmaste full bevisning om detta faktum, riskerar man att regeln inte alls kommer att fungera på avsett sätt. I många fall där ett kontraktsbrott verkligen kommer att inträffa kan borgenären inte åstadkomma den erforderliga bevisningen, och blotta risken att göra sig skyldig till ett obefogat hävande kommer i andra fall att avhålla honom från att hävda en ståndpunkt, som han i en process faktiskt skulle ha lyckats försvara.[9]

Emellertid kan man tydligen inte, för att komma tillrätta med dessa olägenheter, utan vidare sänka kravet på bevisning. Rätten att häva i förtid utanför området för successiv leverans är troligen --

[5] A.a. s. 104. Uttalandet avser icke lagstadgade presumtioner, men detsamma måste naturligtvis gälla även lagstadgade presumtioner.

[6] A.a. s. 86 vid n. 64.

[7] A.a. s. 85 vid n. 59.

[8] Kommittén, NJA II 1906 N:r 1 s. 59 f.: "I allmänhet måste dröjsmål i fråga om en betalningspost gifva säljaren giltig anledning till antagandet, att köparen icke kommer att kontraktsenligt fullgöra sin återstående betalningsskyldighet. Säljaren bör vid sådant förhållande i regel icke anses pliktig att aflämna de poster, som enligt aftalet skolat levereras efter det dröjsmål inträdde." Jfr JustR Peterssons kritik av motsvarande bestämmelse i 22 §, NJA II 1906 N:r 1 s. 46: Även säljarens kontraktsbrott beträffande en post utvisar risk för ett upprepande, och bl a av denna anledning borde säljarens kontraktsbrott rörande en post tilläggas en lika stark presumtionsverkan som köparens dröjsmål med betalningen beträffande en post.

[9] Om följderna av ett obefogat hävande, se ovan s. 34

bortsett från andra fall där hävningsrätten grundas på ett redan inträffat kontraktsvidrigt beteende[1] — av föga praktisk betydelse. Regeln tillgodoser alltså endast i ringa mån de materiella syften som måste ligga bakom dess uppställande, nämligen att stimulera borgenären att vidta skadeförebyggande åtgärder. Man frågar sig då varför man inte kan sänka kravet på sannolikhet. Då skulle ju borgenärens talan komma att bifallas i ett större antal fall, och därigenom skulle regelns ändamål troligen främjas. Emellertid skulle då också borgenärens talan bifallas i ett betydande antal fall, trots att rättsfaktum i själva verket icke förelegat, d v s gäldenären skulle ha presterat kontraktsenligt.[2] Av ännu större betydelse är kanske att en sådan sänkning av sannolikhetskravet skulle skapa ett osäkerhetstillstånd.[3] Parterna skulle ha svårt att bedöma den rättsliga situationen. Särskilt inom köprätten anses det ju viktigt att parterna kan föruse utgången av en eventuell process.

Dessa olägenheter kan i vid utsträckning elimineras om bevislättnaden anknyts till ett *lättbevisat* faktum med *ett naturligt bevisvärde* för de faktiska omständigheter som motiverar rättsföljdens inträde. Genom att anknyta bevislättnaden till en *lättbevisad* omständighet undviker man det skadliga osäkerhetstillståndet, och genom att den presumerande omständigheten har ett naturligt bevisvärde för det faktum som motiverar rättsföljdens inträde reduceras antalet felaktiga domar till en acceptabel nivå.[4] Genom en presumtionsregel kan man alltså främja de ändamål, som ligger bakom uppställandet av regeln om rätt att

[1] Jfr ovan under A 3 b om hävningsrätt då gäldenären på förhand *vägrar* att prestera (på kontraktsenliga villkor) och under A 3 c om hävningsrätt då gäldenären underlåter att vidta *avtalade* förberedande åtgärder. I dessa fall krävs i vart fall inte full bevisning om att prestation ej kommer att erläggas.

[2] Visserligen skulle en sänkning av beviskravet medföra ett större antal riktiga domar. Det hävdas ju att den s k överviktprincipen, som innebär att det påstående som har övervikt i sannolikhetshänseende läggs till grund för domen, ger det största antalet materiellt riktiga domar. Om överviktsprincipen se Ekelöf, a.a. § 25 5 s. 92 f. och Bolding a.a. s. 86 ff. Emellertid anser man nog att det är ett större ont om en oskyldig gäldenär offras än om en borgenär inte kan utöva sin hävningsrätt i förtid. Därför kan det — i vart fall inte uteslutande — komma an på sammanlagda antalet riktiga respektive oriktiga domar. Också *fördelningen* av de oriktiga domarna i sådana till gäldenärens respektive borgenärens nackdel måste beaktas.

[3] Ekelöf fäster föga eller intet avseende vid om svårbedömbara rättstvister får en materiellt riktig utgång, se a.a. s. 91: "Allt kommer ju an på hur medborgarnas beteende påverkas av att domar i så stor utsträckning som möjligt äro riktiga även i *de fall då sakläget ej kunnat klarläggas* i processen. För min del kan jag inte tro att detta kunde ha någon nämnvärd effekt."

[4] Detta sistnämnda argument skall närmare utvecklas nedan.

häva i förtid, *men ändock i väsentlig utsträckning undgå de olägenheter som en generell sänkning av beviskravet skulle föra med sig.*

Det redan inträffade kontraktsbrottet vid successiv leverans, sett i relation till det kontraktsbrott som väntas inträffa, fyller de krav som kan ställas på det presumerande faktum i det slag av rättsregler det nu är fråga om. Det är lättbevisat — åtminstone jämfört med det ännu icke inträffade kontraktsbrottet — och det har ett naturligt bevisvärde för detta senare. I ett stort antal fall kommer nämligen ett inträffat kontraktsbrott vid successiv leverans att åtföljas av flera kontraktsbrott.[5]

Överväganden av detta slag kan utgöra en del av förklaringen till skillnaden mellan regler om hävning i förtid vid successiv leverans och huvudregeln om hävning på grund av anteciperat kontraktsbrott. Utanför området för successiv leverans finns det inte något faktum som på samma sätt som det redan inträffade kontraktsbrottet vid successiv leverans kan fungera som anknytningspunkt för en regel om bevislättnad, alltså ett lättkonstaterbart faktum som ofta åtföljs av ett kontraktsbrott i framtiden.[6]

I avsaknad av klara uttalanden i förarbetena är det inte möjligt att i efterhand fastställa av vilken anledning ett redan inträffat kontraktsbrott tillagts den betydelse det faktiskt har för rätten att häva i förtid vid successiv leverans. Är det av rättstekniska hänsyn eller därför att den gäldenär, som redan begått ett kontraktsbrott, ej är förtjänt av samma hänsynstagande som den gäldenär som på annan grund väntas begå ett kontraktsbrott? Troligen har båda faktorerna spelat en roll.

Vad gäller skillnaden mellan å ena sidan regeln i 22 och 46 §§ och å andra sidan regeln i 29 § måste det vara rättstekniska hänsyn som spelat den avgörande rollen. En materiellt felaktig dom till säljarens nackdel kan inte anses vara en större olägenhet än en materiellt felaktig dom till köparens nackdel. Skillnaden måste i stället sammanhänga med att köparens kontraktsbrott beträffande en post *ännu oftare* än säljarens kontraktsbrott åtföljs av flera.[7] Vad beträffar säljarens kon-

[5] Jfr ovan s. 177 vid n. 2 om sannolikhetsgradering i enlighet med frekvenssynpunkter.

[6] Dock kan gäldenärens förtida prestationsvägran och hans underlåtenhet att vidta avtalade förberedande åtgärder (jfr ovan under A 3 a, b) betraktas som dylika *lättbevisade* fakta, till vilka en bevislättnad anknutits.

[7] Detta förhållande anförs i de danska och norska motiven som grund till skillnaden, se ovan s. 194 n. 3. Att påvisa detta förhållande utgör dock inte någon fullständig förklaring till att köparen *vid samma grad av sannolikhet för ett upprepande* behandlas strängare än säljaren, jfr ovan s. 195.

traktsbrott är det visserligen vanligt att det upprepas, men dock inte alls ovanligt att det beror på tillfälliga omständigheter, som ej kommer att beröra senare poster. Beträffande köparens kontraktsbrott har man däremot utgått från att de *i långt övervägande antalet fall* beror på insolvens eller ovilja att fullfölja avtalet, faktorer som kommer att medföra dröjsmål även i fortsättningen.

Ju större naturligt bevisvärde den presumerande omständigheten har för den omständighet som presumeras föreligga, desto större betydelse kan tilläggas den förra, d v s om man fäster avseende vid att hålla ner antalet materiellt felaktiga domar. Antag att i 90 fall av 100 ett dröjsmål med betalningen av en post åtföljs av flera betalningsdröjsmål och att köparen i hälften av de återstående fallen lyckas visa att "all anledning saknas" att befara ett upprepande. Regeln ger då i 95 fall av 100 ett materiellt riktigt resultat, oaktat rättsföljden i första hand anknutits till ett faktum som inte *i och för sig* motiverar dennas inträde.

Vad angår säljarens kontraktsbrott förhåller det sig kanske så att det endast i 60 fall av 100 åtföljs av flera kontraktsbrott. Antag vidare att säljaren (liksom köparen i motsvarande situation) i endast hälften av de återstående fallen lyckas visa att han i fortsättningen faktiskt skulle fullgöra sin prestationsskyldighet. Med en regel motsvarande den som gäller vid köparens kontraktsbrott skulle alltså 20 fall bli felbedömda till gäldenärens nackdel. För att hålla ner antalet felaktiga domar till gäldenärens nackdel kan man av borgenären kräva ett visst mått av bevisning ("skäligen kan befaras") rörande förhandenvaron av det presumerade faktum. Det måste vara överväganden av detta slag som ligger bakom skillnaden mellan köparens respektive säljarens hävningsrätt vid successiv leverans.

Rättstekniska hänsyn kan däremot inte förklara skillnaden mellan 29 § och den regel som utanför successiv leverans gäller om rätt att häva i förtid på grund av köparens insolvens. Enligt denna sistnämnda regel kan säljaren inte, ens när det står fullkomligt klart att säljaren är på sådant obestånd att han inte kommer att kunna erlägga betalning på förfallodagen, häva före den för avlämnandet bestämda tiden. Det bör i detta sammanhang noteras att den lagregel vari detta utsägs (e contrario), 39 §, anknyter rättsföljden till vissa yttre lätt igenkännbara fakta, ackordförhandling, resultatlös utmätning, betalningsinställelse.

Rättstekniska hänsyn motiverar inte heller den betydelse som enligt förarbeten och doktrin skall tilläggas gäldenärens skuld i det in-

träffade.[8] Gäldenärens eventuella skuld har i andra köprättsliga sammanhang just av rättstekniska hänsyn diskvalificerats som rättsfaktum.

C Kontraktsbrottets svårighetsgrad och rätten att häva för framtiden

1 En sak är att det redan inträffade kontraktsbrottet i dess egenskap av ett kontraktsvidrigt beteende spelat en roll vid utformningen av de särskilda reglerna om rätt att häva vid successiv leverans.[1] En annan fråga är i vilken utsträckning man *vid bedömningen av det konkreta fallet* kan ta hänsyn till omfattningen av och omständigheterna kring detta kontraktsbrott.

Det inträffade kontraktsbrottet spelar en dubbelroll då det gäller rätten att häva i förtid vid successiv leverans. *Dels* utgör det *rättsfaktum* — om något kontraktsbrott inte inträffat kan borgenären inte häva avtalet för framtiden såvida man inte med till visshet gränsande sannolikhet kan antecipera ett kontraksbrott — *dels* utgör kontraktsbrottet och omständigheterna kring det ett viktigt *bevisfaktum* vid bedömningen av risken för ett upprepande.[2]

Omständigheterna kring kontraktsbrottet skall tillmätas betydelse *i bevishänseende* enligt vanliga principer för bevisvärdering.[3] Detta kommer väl att medföra att *mer omfattande* kontraktsbrott oftare ger hävningsrätt för framtiden än mindre omfattande sådana. Däremot kan det väl inte utan vidare antas att ett *culpöst* kontraktsbrott utvisar större risk för ett upprepande än ett kontraktsbrott, som beror på omständigheter utanför gäldenärens kontroll.

Frågan är emellertid om kontraktsbrottet och omständigheterna omkring detta, främst dess omfattning och den grad av culpa eller dolus som kan läggas gäldenären till last, också kan tillmätas direkt *rättslig betydelse*. Den rättsliga betydelse som kan ifrågakomma är att man låter kravet på sannolikhet för ett upprepande variera beroende på

[8] Se nedan s. 205 och s. 207.

IV. C. 1.

[1] Jag utgår alltså från att det inträffade kontraktsbrottets betydelse för rätten att häva i framtiden i vart fall ej uteslutande beror på rättstekniska hänsyn, jfr ovan s. 197 ff.

[2] Se Ekelöf, a.a. § 25 vid n. 51, varav framgår att omständighet som utgör presumerande faktum samtidigt kan beaktas vid bevisvärderingen.

[3] Se Ekelöf, a.st.: Vid *bevisvärderingen* skall man ta hänsyn till det *"naturliga"* bevisvärdet hos presumerande faktum, ty annars försvåras en intuitiv bedömning av bevismaterialet i dess helhet.

dessa nämnda faktorer, så att vid culpösa och omfattande kontraktsbrott hävning tillåts vid relativt liten risk för ett upprepande och omvänt.

I doktrinen framhävs särskilt betydelsen av *gäldenärens culpa.*[4] Uttalandena är i regel formulerade som påpekanden om culpans värde som bevis för att man riskerar ytterligare kontraktsbrott i framtiden, men i själva verket torde meningen vara att culpan skall ha *rättslig betydelse.* För det första kan man nämligen inte utan vidare anta att ett dolöst eller culpöst kontraktsbrott utvisar en större risk för ett upprepande än ett kontraktsbrott som beror på omständigheter utanför gäldenärens kontroll. Ibland förhåller det sig tvärtom. Antag att köparen ej fullgjort en föreliggande skyldighet att anskaffa transportlägenhet, något som medfört att avlämnandet och därigenom också betalningen blivit fördröjd. Om detta beror på att det råder brist på transportmedel, är det troligt att dröjsmålet kommer att upprepas. Om orsaken är att köparen icke i tid vidtagit lämpliga åtgärder för att ordna med transportmedel, är det däremot troligt att han tar varning av säljarens hävande beträffande den fördröjda posten och ser till att för framtiden transportfrågan ordnas i god tid. För det andra är det inte troligt att man inom doktrinen skulle uppehålla sig så mycket vid det bevisvärde som bör tilläggas viss faktisk omständighet. Sådana frågor brukar ju överlämnas till domstolarna. Framhävandet av själva kontraktsbrottet och gäldenärens skuld till detta måste avse dessa omständigheters rättsliga betydelse, deras betydelse i egenskap av rättsfakta.

Något positivt stöd för en sådan lagtillämpning finner man ju inte i själva lagtexten. Lagtexten lämnar emellertid — enligt min uppfattning — visst utrymme för ett hänsynstagande till kontraktsbrottets omfattning och orsaken till kontraktsbrottet.

a Vad först angår *köparens* rätt att häva för framtiden uttrycks det uppställda kravet på sannolikhet med orden "skäligen kan befaras". Denna lokution *kan inte* — det hjälper inte hur man hårdrar tillgängliga tolkningsmetoder — översättas till en viss grad av sannolikhet uttryckt i matematiska termer. Vad som kan utläsas ur regeln är, att vid viss högre grad av sannolikhet kan köpet hävas och vid viss lägre grad av sannolikhet kan det inte hävas. Mellan dessa punkter ligger en zon där lagtexten inte lämnar någon ledning.[5]

[4] Almén, § 22 vid n. 10, Rodhe, § 37 vid n. 95, Ussing, Køb § 9 II B, Winroth, Köp s. 113, Palmgren, Om påföljderna av säljarens mora s. 139.

[5] Jfr motsvarande resonemang ang. tolkningen av väsentlighetsregeln, ovan s. 70 f.

Domstolen får vid bedömningen av fall, som ligger inom denna gränszon, inte godtyckligt avgöra målet under åberopande av att den regel som skall tillämpas inte ger någon ledning. I denna situation bör domstolen i stället beakta de intressen och intresseavvägningar, som ligger bakom regelns uppställande in abstracto, och tillmäta dessa intressen betydelse i det enskilda fallet. Uppfattningen att den gäldenär som redan begått ett kontraktsbrott inte gjort sig förtjänt av samma hänsyn som andra gäldenärer, har säkert spelat en roll vid regelns utformning. Därför både kan och bör man vid bedömningen av det konkreta fallet fästa avseende vid omständigheter, som gör att gäldenärens i och för sig berättigade intresse av att köpet ej hävs i delar som han kanske kommer att fullgöra, ter sig mer eller mindre skyddsvärt. Hit hör omfattningen av och kanske främst bakgrunden till det redan inträffade kontraktsbrottet.

Detta innebär dock inte att ett mycket omfattande och kanske t o m avsiktligt kontraktsbrott ger hävningsrätt för framtiden, då risken för ett upprepande ter sig obetydlig. Omvänt kan gäldenären inte, då en betydande risk för ett upprepande föreligger, undgå hävning därför att kontraktsbrottet beror på omständigheter helt utanför hans kontroll. Lagens innehåll är visserligen obestämt vad gäller fall, som ligger inom en viss zon, men för fall som ligger på den ena eller den andra sidan av denna mittzon ges bestämda regler som måste följas. Sammanvägning av risken för ett upprepande och kontraktsbrottets svårighetsgrad kan ske endast i fall som ligger i gränszonen.

Några belägg för att en sådan sammanvägning av kontraktsbrottets svårighetsgrad och risken för ett upprepande verkligen förekommer i praxis, finner man inte i referaten i NJA.[6] Detta behöver emellertid inte betyda, att en sådan sammanvägning aldrig förekommer, och att kontraktsbrottets svårighetsgrad således inte har någon rättslig betydelse i praxis. Man rör sig här på osäker mark, och det är naturligt att domstolarna inte vill skriva fast sig, särskilt som det är så lätt att — sedan man med beaktande av omständigheter, som ej sammanhänger med risken för ett upprepande, kommit fram till ett slut beträffande fall som ligger i gränszonen — helt enkelt beskriva dessa fall som liggande på den ena eller den andra sidan om en klar gräns. Den som själv

[6] Bengtssons slutsatser på grundval av allt tillgängligt rättsfallsmaterial är att gäldenärens culpa knappast tillmäts betydelse i och för sig. Vid vållande från gäldenärens sida tar man endast hänsyn till om hans sätt att bete sig, sett ur borgenärens synpunkt, utvisar risk för kontraktsbrott i framtiden, Bengtsson, § 14 vid n. 58. Se dock NRevis yttrande i NJA 1942 s. 649, behandlat nedan s. 212 f.

inte deltagit i målets avgörande har knappast någon möjlighet att företa en tillräcklig nyanserad kontroll av den i målet föreliggande risken för ett upprepande. Man kan alltså inte genom att studera domen — och troligen inte heller genom att granska handlingarna i målet — konstatera t ex att i två mål, där i det ena gäldenären betett sig culpöst och hävningsrätt också medgivits för framtiden och i det andra det inträffade kontraktsbrottet berott av casus och sådan hävningsrätt ej medgivits, risken för ett upprepande i själva verket varit exakt lika stor, och den vägen sluta sig till att culpan tillmätts rättslig betydelse. Detta gäller även vid en aldrig så hederlig och utförlig redovisning av alla fakta i målet från domstolens sida.[7]

b Vad beträffar *säljarens* rätt att häva i förtid på grund av köparens dröjsmål med betalningen har man i ännu högre grad framhävt betydelsen av själva kontraktsbrottet och då särskilt gäldenärens skuld i det inträffade. I förarbeten och doktrin har man vid utläggningen av regelns innehåll praktiskt taget uteslutande uppehållit sig vid *hur själva kontraktsbrottet skall vara beskaffat* för att medföra hävningsrätt även för framtiden. Som exempel på ett kontraktsbrott som inte medför hävningsrätt nämner kommittén att dröjsmålet, säljaren veterligt, berott på att en penningförsändelse gått förlorad.[8] Enligt Winroth skall köparen, för att undgå hävning för framtiden, visa att kontraktsbrottet beror på "alldeles särskilda tillfälliga omständigheter utan någon hans skuld".[9]

Såsom ovan utvecklats har det redan inträffade kontraktsbrottet en dubbel betydelse för rätten att häva beträffande kommande poster. *Dels* utgör kontraktsbrottet ett *rättsfaktum,* som medför rätt för borgenären att häva även för framtiden vid viss grad av sannolikhet för ett upprepande, *dels* utgör det *ett viktigt led i den bevisning angående den risk för ett kontraktsbrott i framtiden som enligt rättsregeln skall föreligga.*

Är det fråga om rätt att häva på grund av anteciperat kontraktsbrott, kan emellertid det inträffade kontraktsbrottet inte ha någon *exklusiv* betydelse i bevishänseende. Bedömningen av sannolikheten för ett upprepande måste grundas på en samlad värdering av hela den föreliggande situationen. Även om kontraktsbrottet och omständighe-

[7] Jfr motsvarande resonemang ang. tolkning av domar rörande väsentlighetsregeln, ovan s. 74.
[8] NJA II 1906 N:r 1 s. 60.
[9] Winroth, Köp s. 161.

terna kring det tyder på att det kommer att upprepas, bör gäldenären kunna rädda sig genom att påvisa *andra omständigheter,* som visar att prestationen ändock kommer att erläggas eller som i vart fall gör att risken för ett upprepande ej når upp till det i rättsregeln uppställda sannolikhetskravet. Omvänt bör borgenären, då omständigheterna kring själva kontraktsbrottet är så oskyldiga, att de ej ger någon anledning att befara ett upprepande, kunna påvisa andra omständigheter som utvisar risk för kontraktsbrott i framtiden. Om man vid bedömningen inte tar hänsyn till sådana omständigheter, är det knappast fråga om hävning på grund av anteciperat kontraktsbrott utan om hävning på grund av ett redan inträffat kontraktsbrott.[1] Det måste under sådana omständigheter infrågasättas om regeln i 29 § verkligen är tänkt som en regel om hävning på grund av anteciperat kontraktsbrott.

Ovan påpekades att man vid utläggningen av regelns innehåll i förarbeten och doktrin praktiskt taget uteslutande uppehållit sig vid det inträffade kontraktsbrottet och omständigheterna kring detta. Tydligt är att det redan inträffade kontraktsbrottet har en avsevärd betydelse för rätten att häva för framtiden. Frågan är om gäldenären-köparen vid ett verkligt kvalificerat kontraktsbrott har *någon möjlighet* att, genom att hänvisa till omständigheter som ej sammanhänger med det inträffade kontraktsbrottet, avvärja hävning för framtiden. Om han inte kan avvärja hävning för framtiden *ens då det står klart* att betalning för kommande poster kommer att erläggas kontraktsenligt, kan regeln i 29 § inte i första hand uppfattas som en regel om hävning på grund av anteciperat kontraktsbrott.

Nu invänder man kanske att det i 29 § uppställda, mot köparen riktade beviskravet är så starkt, att denne aldrig skulle kunna frambringa den bevisning som fordras för att väga upp det bevisvärde som ligger i ett omfattande och t o m avsiktligt kontraktsbrott. *Viss risk* för ett upprepande skulle alltid kvarstå. Det finns emellertid ett sätt för köparen att helt eliminera risken för kontraktsbrott i framtiden, nämligen *att ställa betryggande säkerhet för betalningen av kommande poster eller erlägga betalning i förskott.* Frågan om köparen, oavsett hur kvalificerat kontraktsbrottet är, kan avvärja hävning för framtiden

[1] Jfr Ekelöf, a.a. § 25 vid n. 45 a ff. om presumtiones juris ett de jure. Vid detta slags presumtioner spelar annan bevisning rörande den omständighet som presumeras föreligga ingen roll. Ekelöf vill utmönstra detta presumtionsbegrepp. Det skulle i själva verket vara fråga om materiella rättsregler som endast genom sin säregna utformning skiljer sig från andra sådana. I själva verket är det enbart det presumerande faktum, ej tillika det faktum som presumeras föreligga, som utgör rättsfaktum i regeln.

genom att ställa säkerhet för betalningen, kan fungera som en prövosten på hur regeln i 29 § egentligen skall uppfattas, som en regel om hävningsrätt på grund av anteciperat kontraktsbrott eller som en regel om hävning på grund av ett redan inträffat kontraktsbrott. — Anta att godset skall levereras i två lika stora poster. Köparen vägrar att ta emot den första leveransen och åberopar därvid uppenbart ogrundade skäl. Däremot är han intresserad av den andra leveransen och ställer säkerhet för betalningen av denna. Är säljaren även vid köparens fortsatta vägran att ta emot den första leveransen skyldig att leverera den andra?

Det är anmärkningsvärt att man inte i lagens förarbeten berört frågan i vad mån köparen genom att ställa säkerhet kan avvärja hävning för framtiden. Denna fråga är ju, vad gäller rätten att utanför området för successiv leverans häva på grund av köparens insolvens, utförligt reglerad i själva lagtexten. Säljarens rätt att häva enligt 39 § kan alltid avvärjas genom att köparen ställer säkerhet. Det är t o m så, att säljaren måste uppmana köparen att ställa säkerhet. Endast om köparen inte efterkommer en sådan begäran, kan säljaren häva. Att frågan om köparens möjlighet att avvärja säljarens hävningsrätt enligt 29 § genom att ställa säkerhet inte berörts ens i lagens förarbeten, tyder väl närmast på att man vid bestämmelsens utarbetande inte beaktat denna möjlighet, som föreligger även vid mycket kvalificerade kontraktsbrott, eller möjligen på att man inte varit beredd att tillägga köparens beredvillighet att ställa säkerhet någon mer fixerad rättslig betydelse.

Om det förhåller sig så, förstår man bättre varför lagstiftaren inte brytt sig om att klargöra relationen mellan 29 § och 28 § i det hänseende som tidigare diskuterats.[2] Frågan var om regeln i 29 § upphäver den rätt att häva hela köpet vid ett väsentligt kontraktsbrott rörande del av köparens prestation, som enligt 28 § tillkommer säljaren. Denna fråga får betydelse endast då kontraktsbrottet är väsentligt men " all anledning saknas att befara dröjsmålets upprepande". Om man bortser från att köparen genom att ställa säkerhet alltid kan undanröja varje risk för ett upprepande, kommer det knappast att existera några sådana fall. Regeln i 29 § fångar då upp praktiskt taget alla fall, som enligt en väsentlighetsbedömning, företagen i enlighet med 28 §, skulle ha medfört total hävningsrätt. Trots de formella skillnaderna får väsentlighetsregeln i 28 § och regeln i 29 § ett likartat innehåll. I den mån 29 § skiljer sig

[2] Ovan s. 138 ff.

från huvudregeln i 28 §, innebär den närmast en utvidgning av möjligheten att häva. *Förutom* kontraktsbrottets väsentlighet kan säljaren åberopa särskild risk för ett upprepande. 29 § kan då uppfattas som en, med hänsyn till de särskilda vid successiv leverans föreliggande omständigheterna, utbildad variant av väsentlighetsregeln. Avsaknaden av en förfångsregel, motsvarande den i 22 §, får då också sin förklaring.[3]

Om 29 § är tänkt som en variant av väsentlighetsregeln, måste man fråga sig varför man fäster så stort avseende vid gäldenärens *skuld i det inträffade*. Gäldenärens skuld brukar ju inte ha någon betydelse för borgenärens rätt att häva avtalet.[4] Vid *köparens* kontraktsbrott finns det emellertid ett samband mellan skuld och väsentlighet, som motiverar att man fäster avseende vid den förstnämnda omständigheten. Sambandet kan beskrivas så, att om gäldenären är helt oskyldig till dröjsmålet, så blir detta inte heller väsentligt och omvänt. Om dröjsmålet beror på att en penninganvisning kommit på avvägar,[5] får det förutsättas att köparen, så snart han får kännedom om det inträffade, betalar en gång till. Dröjsmålet blir då inte långvarigt, d v s inte väsentligt. Vid säljarens kontraktsbrott är det däremot inte sällsynt att omständigheter utanför borgenärens kontroll för all framtid eller för en väsentlig tid framöver gör det omöjligt för honom att prestera.

Det finns som sagt omständigheter som tyder på att denna tolkning av 29 § ligger i linje med lagstiftarens intentioner. Som själva lagtexten nu är formulerad lär det emellertid inte vara möjligt för säljaren att häva för framtiden med stöd av 29 §, om köparen erbjuder sig att ställa säkerhet för betalningen. Enda sättet att åstadkomma detta är att hårdra rekvisitet att risken för nya kontraktsbrott skall bedömas som den framstod för borgenären vid tidpunkten för hävandet och hävda, att man inte behöver beakta ett erbjudande om säkerhet eller förskottsbetalning, som framställs i omedelbar anslutning till säljarens hävningsyrkande, men dock först något efter det denne förklarat sig häva köpet. Detta förefaller emellertid vara ett formalistiskt och verklighetsfrämmande sätt att betrakta hävningssituationen. Nog måste man väl vid bedömningen av risken för nya kontraktsbrott beakta de upplysningar och erbjudanden som köparen gör i omedelbar anslutning till säljarens reaktion på kontraktsbrottet. Frågan har varit uppe till bedömning i Norge, och HøyR fann då att 29 § inte kunde tillämpas, då köparen, så snart

[3] Jfr ovan s. 140.
[4] Jfr ovan s. 5.
[5] Köplagskommitténs exempel på ett kontraktsbrott som ej ger säljaren rätt att häva för framtiden, se ovan s. 191 n. 3.

frågan om hävning för framtiden blev aktuell, erbjöd sig att deponera betalningen.[6]

Om 29 § inte kan fungera som en spärr mot att köparen undgår hävning även vid mycket kvalificerade kontraktsbrott, får frågan, om regeln i 28 § om totalhävning vid väsentligt kontraktsbrott kan tillämpas även vid successiv leverans, viss praktisk betydelse. Min uppfattning är att lagtextens ordalydelse och redigering tillåter en sådan tolkning av 28 och 29 §§. Den har också visst stöd i förarbetena. De lege ferenda är denna tolkning avgjort att föredra. Varför skulle köparen, bara därför att successiv leverans är avtalad, kunna dra sig undan fullgörandet av större delen av köpet med bevarad rätt att fordra att säljaren fullgör återstoden? Emellertid står denna tolkning av 28 och 29 §§ i klar konflikt med konstruktionen om de olika posterna som olika avtal. Om man antar att köplagens regler om successiv leverans bygger på och skall tolkas i enlighet med denna konstruktion, kan man inte acceptera en tolkning av 28 och 29 §§, som innebär att ett kontraktsbrott beträffande en post tillmäts exklusiv betydelse för rätten att häva andra poster. Inom doktrinen torde man inte ens ha övervägt att tillägga det inträffade kontraktsbrottet en så stor betydelse för rätten att häva för framtiden. Då man diskuterar att tillägga omständigheterna kring det inträffade kontraktsbrottet — främst då gäldenärens skuld i det inträffade — rättslig betydelse, så lär det vara fråga om en mer begränsad rättslig betydelse, nämligen att i situationer, där det — med beaktande av samtliga föreliggande omständigheter — framstår som tveksamt om "all anledning saknas" att befara ett upprepande, låta skuld eller frånvaro av skuld hos gäldenären fälla utslaget.

Fråga är om i praxis omständigheterna kring det inträffande kontraktsbrottet tillmätts ens denna begränsade rättsliga betydelse.[7] Av skäl som närmare utvecklats ovan vid behandlingen av 22 och 46 §§[8] är det för en utomstående så gott som omöjligt att besvara denna fråga. Domen kan alltid skrivas på ett sådant sätt, att den betydelse som eventuellt tillagts gäldenärens skuld ej framgår av domskälen. I något fall har emellertid hävning medgivits för framtiden trots att köparens vägran att betala för redan levererad post varit, om inte tillåten, så i alla fall förståelig och ursäktlig. Detta skulle tyda på att man *inte* tillmäter skulden självständig rättslig betydelse.

[6] NRt 1927 s. 608.
[7] Jfr Bengtssons ovan s. 206 n. 6 återgivna slutsatser, som även avser hävning vid köparens kontraktsbrott.
[8] Se ovan s. 206 f.

Ett sådant avgörande, NJA 1942 s. 649, skall här kommenteras något. Vid successiv leverans av virke krävde säljaren för hög betalning för levererade poster och vägrade, trots påstötningar, att presentera riktiga fakturor. Köparen vägrade då att erlägga *någon betalning alls,* till dess han fick riktiga fakturor. Virkespriset hade stigit sedan köpslutet, och av allt att döma var köparen angelägen om att fullfölja köpet. Han ville blott genom sin betalningsvägran framtvinga riktiga fakturor. Hans solvens ifrågasattes icke. I anledning av köparens dröjsmål fordrade säljaren att köpet skulle hävas för framtiden. Hovrätten fann att säljaren, med hänsyn till de skäl köparen åberopat för sin vägran att betala, icke kunde anses ha saknat anledning att befara ett upprepande av dröjsmålet, och medgav hävningsrätt för framtiden. Domen fastställdes i HD. NRev kom däremot till motsatt slutsats: "Emellertid lärer det av Markussen (köparen) uppställda villkoret för fullgörandet av betalningen — med hänsyn särskilt därtill att Nilsson (säljaren) icke i målet visat sig berättigad till likvid med högre belopp än vad som överensstämde med Markussens avräkningsnotor — icke kunna anses hava givit Nilsson anledning att befara ett upprepande av dröjsmålet. Omständigheterna i målet giva fastmera vid handen, att Nilsson saknat all anledning att befara dylikt upprepande." Formellt betecknar man här de omständigheter som föregått och troligen orsakat kontraktsbrottet som *bevisfakta,* alltså omständigheter av betydelse för frågan om hur stor risken var för ett upprepande, men i själva verket torde de ha tillagts direkt rättslig betydelse. Vid en strikt sannolikhetsbedömning på grundval av de i målet framkomna omständigheterna kan man knappast komma till den slutsatsen att "all anledning saknades" att befara ett upprepande. Det är väl troligt — *i vart fall kan det inte uteslutas* — att säljaren även i fortsättningen skulle ha presenterat felaktiga fakturor, och i så fall skulle köparen troligen ha reagerat på samma sätt som tidigare och alltså vägrat betalning. NRev måste ha tagit hänsyn till *att det var säljaren själv som genom ett kontraktsvidrigt beteende framprovocerat köparens dröjsmål.* Köparen hade visserligen inte rätt att reagera som han gjorde, man hans beteende var dock ursäktligt. Det framstår som stötande att borgenären som hävningsanledning skall kunna åberopa en risk, som uppkommit genom hans eget kontraktsvidriga beteende, och som kan elimineras genom att han upphör med detta. Av dessa skäl, och inte därför att det enligt NRev:s mening var uteslutet att parterna vid leverans av kommande poster skulle handla enligt samma mönster som tidigare, kom man till den slutsatsen att säljaren ej kunde häva. HD har, genom att ej döma i enlighet

med yttrandet utan i stället fastställa HovR:ns dom, ej velat tillmäta dylika omständigheter någon rättslig betydelse.[9]

2 I det föregående[1] konstaterades att skillnaden mellan köparens och säljarens rätt att häva i förtid måste sammanhänga med att köparens dröjmål, men inte säljarens, som regel beror på faktorer som kommer att medföra dröjsmål även i fortsättningen. Det finns emellertid åtminstone ett par viktiga typfall där bakgrunden till köparens dröjsmål är av sådant slag, att man inte utan vidare kan räkna med ett upprepande. Dessa typfall har också direkta motsvarigheter vad avser säljarens kontraktsbrott. Det verkar därför — åtminstone omedelbart

[9] Bengtsson har en annan uppfattning om detta rättsfall. Enligt B. fanns det, eftersom målet rörde en ostridig skuld och köparens attityd var klart ohållbar och ej heller grundad i ett tillfälligt misstag, vissa skäl att ifrågasätta dennes goda vilja att fullgöra avtalet, Bengtsson, § 14 vid n. 39. B. fäster i stället särskilt avseende vid rättsfallet NJA 1947 s. 54, som enligt hans uppfattning utvisar att möjligheterna att beakta säljarens goda vilja är mycket begränsade, se § 14 vid n. 74: Parkettstav skulle levereras i fem poster med betalning särskilt för varje post. Säljaren levererade för sent och i *mindre delposter än överenskommet*. Enligt den tolkning av avtalet som köparen hävdade och som även godtogs i HovR och NRev var köparen inte skyldig att erlägga betalning för mindre delposter än de överenskomna. Emellertid tog han emot och betalade för tre mindre delposter. Ytterligare två levererade poster betalades emellertid icke, och köparen åberopade därvid dels att de levererats för sent, men dels också att de var felaktiga. Säljaren hävde då köpet i icke fullgjorda delar. HD ansåg att, även om enligt avtalet någon skyldighet att betala för mindre delpost än som överenskommits icke förelåg, hade kontraktet icke tillämpats på sådant sätt. Därför kunde köparen nu inte åberopa denna bestämmelse. Rätt att vägra betalning på den grund att leverans ej skett i rätt tid hade han gått förlustig genom att reklamera för sent. Invändningen om fel i godset tycks köparen ha frånfallit. Enligt HD:s bedömning hade köparen alltså gjort sig skyldig till ett dröjsmål med betalningen beträffande de två sist levererade delposterna. HD fann vidare att säljaren inte saknat all anledning att befara ett upprepande, och medgav hävningsrätt för framtiden. HD har emellertid inte omtalat vid vilka omständigheter man fäst avseende vid bedömningen av denna senare fråga. Vissa i målet redovisade omständigheter tyder på att köparens vägran att betala de två sista posterna inte enbart berodde på att han ej ansåg sig skyldig att erlägga någon betalning förrän hela den kvantitet som bort levereras i ett sammanhang hunnit levereras. Av referatet av HR:s dom framgår att köparen både i sina meddelanden till säljaren och inför häradsrätten åberopat för sen leverans och *fel i godset*. Detta tyder på att köparens i och för sig mycket plausibla felbedömning av rättsläget icke utgjorde det verkliga — i vart fall inte det enda — skälet till hans betalningsvägran. Detta kan HD ha beaktat *vid bedömningen av risken för ett upprepande*. Enligt min uppfattning kan därför *detta* rättsfall inte anses utvisa att man ej beaktar borgenärens goda vilja.

[1] Ovan s. 202 f.

— förvånande att köparen även i dessa fall skall behandlas strängare än säljaren.[2]

Mycket vanligt är att köpare som inte betalar (felaktigt) *påstår sig ha rätt* att temporärt eller definitivt innehålla köpeskillingen eller del därav. Han hävdar t ex att något giltigt avtal inte kommit till stånd eller att säljaren begått ett kontraktsbrott, som ger honom rätt att vägra betalning. Ett sådant påstående kan vara en förevändning, ett försök att utan efterräkningar komma ifrån ett avtal som gäldenären av andra skäl inte kan eller vill fullfölja, men det kan också utgöra det verkliga skälet till att han inte betalar. Dessa fall utgör ju en direkt motsvarighet till de fall där *säljaren* vägrar och påstår sig ha rätt att vägra utgivandet av godset eller del därav mot erhållande av det överenskomna vederlaget.

29 § är tillämplig även då köparens dröjsmål avser åtgärd varav köpeskillingens utbekommande må bero. Härmed avses bl a skyldighet att ombesörja transporten av godset. Om köparen inte fullgör sin skyldighet att ordna transportlägenhet avseende en post kan köpet alltså hävas för framtiden, såvida ej all anledning saknas att befara ett upprepande. Om säljaren gör sig skyldig till motsvarande försummelse, kan köpet däremot hävas för framtiden endast om det "skäligen kan befaras" att dröjsmålet kommer att upprepas.

Om dessa typfall betraktas *isolerade* ter sig ju skillnaden mellan å ena sidan 29 § och å andra sidan 22 och 46 §§ omotiverad. Så kan man emellertid inte förfara vid granskningen av en regel som bygger på rättstekniska överväganden. Om det verkligen förhåller sig så att köparens dröjsmål i långt övervägande antalet fall beror på insolvens och/eller ovilja att fullgöra köpet, och nu behandlade typfall således utgör en kvantitativt obetydlig grupp, kan regeln i 29 § ändock försvaras. En enhetlig regel för de olika typfallen innebär fördelar ur rättsteknisk synpunkt, och denna enhetliga regel måste anpassas till det vanligaste typfallet.

Fråga är emellertid om själva utgångspunkten är riktig, om insolvens verkligen — i de fall där ett dröjsmål inträffat *men köparen motsätter sig att säljaren häver köpet för framtiden* — är den *långt vanligaste* bakgrunden till kontraktsbrottet. Möjligen utgörs ovan beskrivna typfall, där kontraktsbrottet har en annan bakgrund, en kvantitativt rätt betydande grupp, som inte beaktats vid regelns tillkomst.

[2] Jfr Bengtsson, § 14 vid n. 38: "Motiven till 29 § kunde tyda på en mildare bedömning, då dröjsmålet uppenbarligen haft annan orsak än insolvens hos köparen."

I så fall kan det ifrågasättas om man inte från tillämpningsområdet för 29 § bör *undanta* sådana fall av köpardröjsmål som inte beror på bristande solvens och/eller ovilja att fullfölja köpet och här i stället tillämpa den i 22 och 46 §§ uppställda regeln. Åtminstone kunde domstolarna i dessa fall tolka 29 § *milt* mot gäldenären och i tveksamma fall ej medge hävningsrätt.[3]

Tydligt är emellertid att domstolarna tillämpar 29 §, även då dröjsmålet beror på t ex rättsvillfarelse, och såvitt man kan bedöma av referaten tillämpas den lika strängt i dessa fall som då dröjsmålet beror på bristande solvens eller ovilja att fullfölja köpet.[4]

[3] Bengtsson, § 14 vid n. 40 o. n. 70 ff., anser att 29 § borde tolkas mindre strängt då dröjsmålet ej beror på köparens insolvens eller ovilja att fullgöra avtalet. Särskilt reagerar B. mot att tillämpa 29 § så strängt, då dröjsmålet beror på en feltolkning av avtalet.

[4] Se NJA 1942 s. 649, referat ovan s. 212, samt NJA 1943 s. 689, refererat ovan s. 106 f. Se även HovR:s dom i NJA 1946 s. 602: Köparen befanns vara skyldig att erlägga förskottslikvid för viss post (i HD ansågs sådan skyldighet inte föreligga), och hans underlåtenhet att betala i förskott medförde utan vidare rätt för säljaren att häva även beträffande följande poster. I Norge har praxis möjligen intagit en mer gäldenärsvänlig linje, se Bengtsson § 14 vid n. 44 och där anförda fall. Se även det ovan s. 108 n. 3 refererade NRt 1941 s. 478, där LagR, vid ett betalningsdröjsmål som ej berodde på insolvens, ej tillämpade 29 § samt uttalade, att säljaren vid leverans i delar inte är fritagen från att leverera återstoden därför att köparen reklamerar över en enstaka försändelse.

V Sammanfattande om de olika reglerna om rätt att häva för framtiden

1 En värdering av reglerna om rätt att häva för framtiden vid successiv leverans måste avse *den samlade effekten* av huvudprincipen om hävningsrättens begränsning till den post som berörs av kontraktsbrottet och reglerna om rätt att häva på grund av anteciperat kontraktsbrott. Huvudprincipen kan inte bedömas utan att man beaktar, att den i ett stort antal fall sätts ur spel genom rätten att häva i förtid. Bedömningen av borgenärens relativt omfattande rätt att häva på grund av anteciperat kontraktsbrott måste i sin tur företas med beaktande av att huvudregeln om hävningsrättens begränsning till den post som berörs av kontraktsbrottet måste betraktas som relativt sträng gentemot borgenären. Det är en händelse som ser ut som en tanke att vissa regler, som innebär en avvikelse till *borgenärens förmån* från en viss huvudprincip, i ett stort antal fall upphäver effekten av vissa andra regler, som innebär avvikelser till *borgenärens nackdel* från en annan huvudprincip.

Att ställningstagandet måste avse den samlade effekten av dessa regler hindrar inte att det i viss utsträckning blir beroende av inställningen till huvudpricipen om de olika posterna som från varann skilda avtal. Min egen inställning är, som antytts i det föregående, att de skäl som kan anföras till stöd för att tillämpa denna princip även med avseende på rätten att häva för framtiden inte är helt övertygande.[1] I vart fall behövs det inte mycket för att intresseavvägningen skall ge utslag åt andra hållet.

Om man delar denna inställning kan man knappast anse att reglerna om *köparens hävningsrätt på grund av säljarens kontraktsbrott,* är *för stränga* mot gäldenären. Vad man möjligen kan invända är att borgenären i vissa fall kan häva köpet i ej fullgjorda delar, trots att det inträffade kontraktsbrottet är *oväsentligt* i förhållande till den del av köpet som omfattas av hävningspåföljden och trots att risken för ett upprepande icke är så stor. De rättstekniska hänsyn som talar

V. 1.
[1] Se t ex ovan s. 152.

för att redan vid en måttlig risk för ett upprepande tillåta hävning väger dock förmodligen tyngre.

29 § framstår däremot som påtagligt sträng gentemot gäldenären i vissa fall, nämligen då det inträffade kontraktsbrottet är oväsentligt i förhållande till den del av köpet som hävs och risken för ett upprepande obetydlig. Det är tveksamt om de rättsliga överväganden som måste ligga bakom denna utformning av 29 § verkligen är välgrundade. Möjligen har man vid uppställandet av regeln underlåtit att beakta en kvantitativt icke obetydlig grupp av fall, där risken för ett upprepande inte är särskilt stor.[2] Då det inträffade kontraktsbrottet beror på t ex en feltolkning av avtalet behandlas köparen mycket strängare än säljaren i motsvarande situation, och det är tveksamt om denna i och för sig olyckliga skillnad uppvägs av de rättstekniska fördelar som ligger i en enhetlig regel för alla betalningsdröjsmål.

Med min inställning till principen om hävningsrättens begränsning till den post som berörs av kontraktsbrottet ligger emellertid den frågan nära till hands *om inte borgenärens möjligheter att häva för framtiden trots allt är alltför begränsade,* om inte reglerna är alltför *milda* mot gäldenären. Rätten att häva på grund av anteciperat kontraktsbrott måste emellertid härvidlag tillmätas stor praktiskt betydelse. I åtskilliga fall, där hävning är utesluten enligt principen om hävningsrättens begränsning till post som berörs av kontraktsbrottet, kan borgenären i stället häva på grund av risken för nya kontraktsbrott. Den samlade effekten av reglerna blir även från min utgångspunkt godtagbar, åtminstone om man anlägger ett kvantitativt betraktelsesätt. Detta gäller framför allt 29 §, enligt vilket stadgande det inträffade kontraktsbrottet *i de allra flesta fall* medför hävningsrätt för framtiden.

Frågan är emellertid i vilken utsträckning reglerna om hävning på grund av anteciperat kontraktsbrott fångar upp *just de fall* där en utvidgad hävningsrätt är önskvärd även av andra skäl än risken för nya kontraktsbrott. En utvidgad hävningsrätt är önskvärd främst då det inträffade kontraktsbrottet är mycket omfattande eller skett avsiktligt eller vårdslöst samt då gäldenären vägrar att företa rättelse.

Ett visst samband mellan det förövade kontraktsbrottets svårighetsgrad och rätten att häva för framtiden föreligger väl även om hänsynstagandet till kontraktsbrottets svårighetsgrad begränsas till dess naturliga bevisvärde vid den riskbedömning som skall företas. Detta gäller

[2] Jfr ovan under IV C 2 om fall där det inträffade dröjsmålet ej beror på insolvens eller ovilja att fullfölja köpet.

i vart fall kontraktsbrottets omfattning. Ett omfattande kontraktsbrott utvisar — genomsnittligt sett — en större risk för ett upprepande än ett mindre omfattande sådant. I viss utsträckning innebär alltså reglerna om hävningsrätt på grund av anteciperat kontraktsbrott att sådan rätt inträder i just de fall där den även av andra skäl är önskvärd.

Denna önskvärda tendens förstärks om man tillmäter omständigheterna kring det inträffade kontraktsbrottet, främst dess omfattning och orsak, en betydelse som *går utöver* vad som följer av dess naturliga bevisvärde för risken för ett upprepande. Härigenom kan man korrigera effekten av de olika reglerna om rätt att häva för framtiden så att bättre överensstämmelse med eljest inom köprätten accepterade grundsatser uppnås.

Såsom ovan utvecklats finns det redan de lege lata ett visst, ehuru begränsat utrymme för ett sådant hänsyntagande.[3] I fall där det är tveksamt om risken för nya kontraktsbrott är tillräckligt stor för att jämlikt den tillämpliga regeln medföra hävningsrätt, bör man kunna låta kontraktsbrottets svårighetsgrad fälla utslaget.

I inledningskapitlet[4] utvecklades närmare för- och nackdelarna med en rättstillämpning som innebär att man *i tveksamma fall* beaktar andra omständigheter än de som enligt det tillämpliga lagstadgandet är relevanta. Mot detta slags rättstillämpning kan ren allmänt anföras främst rättssäkerhetssynpunkter. Om domstolen beaktar andra omständigheter än de som enligt den tillämpliga regeln är relevanta, kan berörda parter inte förutsäga utgången av en eventuell rättslig prövning. Vidare uppstår risk för att domstolarna för in för lagstiftaren främmande värderingar i rättstillämpningen. Denna kritik drabbar emellertid knappast den här förordade tillämpningen av reglerna om rätt att häva på grund av anteciperat kontraktsbrott. Den friare prövningsrätten skulle endast gälla fall som ligger i en svårbedömbar gränszon. I dessa fall är ju rättssäkerheten, i betydelsen av möjligheten att förutsäga utgången av en rättslig prövning, under alla omständigheter dålig. Inte heller är det här fråga om att föra in några för lagstiftaren främmande värderingar i rättstillämpningen. Att en gäldenär, som dolöst eller culpöst gjort sig skyldig till ett omfattande kontraktsbrott, egentligen bör behandlas strängare än den som utan egen förskyllan blivit förhindrad att uppfylla sina förpliktelser, är en mycket allmänt omfattad värdering. Att lagstiftaren vid utformningen av de nu disku-

[3] Ovan s. 205 ff.
[4] Ovan s. 73 f.

rade reglerna ej beaktat kontraktsbrottets svårighetsgrad lär bero på att regelsystemet i så fall skulle bli alltför komplicerat.[5]

Naturligtvis finns det fall där inte heller kontraktsbrottets svårighetsgrad ger utslag i någondera riktningen. Gäldenärens beteende är inte precis klandervärt, men inte heller helt invändningsfritt, och det är tveksamt om kontraktsbrottet skall anses väsentligt eller icke. Detta utgör emellertid inte något skäl mot att ta hänsyn till dessa faktorer, *då de verkligen ger utslag* i den ena eller den andra riktningen.

Längre än så kan man inte gå de lege lata. Vill man tillmäta det inträffade kontraktsbrottet en ännu större betydelse för rätten att häva för framtiden, måste köplagens bestämmelser ändras. Nedan under 3 skall jag skissera några olika förslag att lösa problemet om rätt att häva för framtiden vid successiv leverans, vilka enligt min uppfattning bättre än den nuvarande ordningen tillgodoser preventionssynpunkten och borgenärens intressen, samtidigt som man tar hänsyn till gäldenärens intresse av att inte omfattande och långvariga affärer går om intet på grund av tillfälliga försummelser. Dessförinnan skall jag emellertid tämlige utförligt redogöra för rättsutvecklingen på området i engelsk rätt.

2 Om successiv leverans är avtalad och betalning skall ske särskilt för varje post, är enligt SGA Sect. 31 (2) frågan, om köpet kan hävas helt eller endast delvis, beroende på om kontraktsbrottet är "a severable breach" eller "a repudiation of the whole contract". I det förra fallet är hävningsrätten begränsad till den eller de poster som berörs av kontraktsbrottet, medan i det senare fallet köpet kan hävas helt och hållet. Lagtexten skiljer inte mellan redan levererade poster och poster, beträffande vilka leveranstiden ännu inte inträtt. Det finns dock en sådan skillnad, åtminstone då den utsträckta hävningsrätten grundas på risk för att även följande poster kommer att bli fördröjda eller vara behäftade med fel. I dessa fall omfattar den utvidgade hävningsrätten inte redan levererade poster. Andra typer av "repudiation" avser — liksom förfångsregeln i köplagen — både levererade poster och poster, beträffande vilka leveranstiden ännu icke inträtt.

Vad menas då med "repudiation of the whole contract". Lagtexten är — kanske med avsikt — föga klargörande. Regeln i SGA Sect. 31 (2) är inte någon nyskapelse utan en kodifiering av gällande rätt på ett område där "the leading cases" är svårtolkade, omstridda

[5] Jfr ovan s. 34 f.

och möjligen också -- åtminstone i en fråga — sinsemellan oförenliga.[1]

Repudiation är ett begrepp som återfinns även utanför området för successiv leverans.[2] Repudiation föreligger om part vägrar att fullgöra sina förpliktelser ("express repudiation") eller sätter sig ur stånd att fullgöra dem ("implied repudiation"). Hans motpart kan då redan före förfallodagen ta fasta härpå och häva avtalet. Om tiden för fullgörelse inträtt och part icke fullgör sina förpliktelser föreligger "failure of performance". Motparten kan då häva av denna anledning och det finns inte längre anledning att åberopa "repudiation". Detta är alltså ett institut som utbildats för att ge part möjlighet att häva i förtid på grund av anteciperat kontraktsbrott.

Denna betydelse har institutet repudiation även vid successiv leverans. Risk för ett upprepande av kontraktsbrottet anses innefatta en "implied repudiation" med avseende på kommande poster och ger motparten hävningsrätt beträffande dessa. Vid successiv leverans innebär repudiation emellertid någonting härutöver. Kontraktsbrott beträffande en post kan utgöra repudiation, som ger köparen rätt att häva även beträffande redan fullgjorda poster och beträffande senare förfallande poster, trots att det inte föreligger någon risk för ett upprepande. Exakt *vad* som i detta läge erfordras för att kontraktsbrottet skall "amount to a repudiation" är inte så lätt att säga. Det är på denna punkt som rättsläget är osäkert.

Uttrycket repudiation i lagtexten syftar på rättsfallet *Freeth v. Burr* från 1874:[3]

V. 2.

[1] Pollock, s. 217: "The apparent intention and effect of these enactments is to put on record the existing state of the authorities without deciding any question that still remains fairly open.", och s. 213: "Peculiarly troublesome questions have arisen upon contracts for the sale of goods to be delivered and paid for by instalments. It is not yet settled whether failure to deliver the first or any subsequent instalments is or is not presumed, in the absence of any special indication of the parties' intention, to go to the whole of the consideration and entitle the buyer to refuse acceptance of any further deliveries." Också Atiyah, s. 190, konstaterar att Sect. 31 (2) snarare uppställer än besvarar frågan. Benjamin, s. 734, uttalar, att "In this remarkable conflict of opinion" är det omöjligt att med någon säkerhet uttala sig om rättsläget.

[2] Om repudiation i allmänhet se t ex Chesire and Fifoot, s. 530 f., Chitty, General Principles nr 1244—1248, Pollock, s. 218 f. Termen "anticipatory breach" förekommer också.

[3] L. R. 9 C.P. 208; 43 L.J.C.P.91, här refererat efter Benjamin s. 729. Rättsfallet omnämnt och oftast också refererat av de flesta författare, dock ej Atiyah. Se t ex Pollock, s. 217 vid kommentering av SGA Sect. 31 (2): "What is said as to repudiation is obviously derived from Freeth v. Burr".

Vid köp av 250 ton järn att levereras i två poster med betalning särskilt för varje post levererades den första posten avsevärt för sent, trots upprepade påstötningar från köparen. Köparen innehöll då köpeskillingen för denna post som säkerhet för en eventuellt uppkommande skadeståndsfordran. Han krävde dock leverans av nästa post. Köparens solvens ifrågasatter icke och slutligen erlades betalning för den första posten. Säljaren levererade inte den andra posten och köparen fordrade skadestånd för utebliven leverans. Säljaren försvarade sig med att han haft rätt att häva köpet beträffande den andra posten på grund av köparens dröjsmål med betalningen av den första. Avgörande för säljarens hävningsrätt ansågs vara om köparens beteende utvisade "*an intention to abandon* and altogether *to refuse performance* of the contract". Så ansågs inte vara fallet och säljaren hade således icke varit berättigad att i anledning av dröjsmålet med betalningen för den första posten häva beträffande den andra.

Regeln i Freeth v. Burr bekräftades 10 år senare i rättsfallet *Mersey Steel and Iron Co. v. Nailor.*[4] Även i detta mål hade köparen, vilkens solvens icke ifrågasattes, på grund av en felaktig bedömning av rättsläget underlåtit att i rätt tid erlägga betalning för en post. Frågan gällde om säljaren av denna anledning var berättigad att häva beträffande följande poster. House of Lords ansåg för det första att enligt avtalet (varje post skulle betalas särskilt) betalning för tidigare leverans icke var en "condition precedent" för rätten att fordra leverans av återstoden, och för det andra att köparen icke genom att under de förhandenvarande omständigheterna uppskjuta betalningen visat någon avsikt att bryta avtalet och därigenom befriat säljaren från hans prestationsskyldighet.

Någon egentlig *avsikt* att bryta hela avtalet fordras emellertid inte för att repudiation skall anses föreligga. Det är tillräckligt att de objektivt föreliggande omständigheterna gör det antagligt att kontraktsbrottet kommer att upprepas. Härom är man ense. "The true test" anses vara den som tillämpades 1934 i *Maple Flock Co., Ltd. v. Universal Furniture Products (Wembley) Ltd.*[5]

Vid successiv leverans var den 16:e posten behäftad med fel, och frågan gällde om köparen av denna anledning kunde häva beträffande ännu icke levererade poster. Det avgörande var enligt Court of Appeal, (1) the quantitative ratio which the breach bears to the contract as a whole, and (2) the degree of probability that such a breach will be repeated.

I det andra ledet av denna "test" fastslås alltså att det inte är den kontraktsbrytande partens avsikter utan den objektiva risken för ett upprepande som är avgörande för hävningsrätten.

[4] (1884) 9 A.C. 434.
[5] (1934) 1 K.B. 148.

Det första ledet av denna "test" har visat sig vara mer svårtolkat. Här fastslås att kontraktsbrottets svårighetsgrad *i och för sig*, alltså oavsett vad man på grund härav kan sluta sig till om risken för ett upprepande, är relevant för frågan om motparten kan häva beträffande ännu ej levererade poster. Frågan är emellertid efter vilka grunder denna väsentlighetsbedömning företas och i vilken utsträckning man skall beakta "repudiation" i betydelsen av *avsikt* att begå kontraktsbrott. För att belysa kärnan i problemställningen skall jag här referera tre mycket omstridda rättsfall.

Hoare v. Rennie (1859)[6]

Järn skulle levereras i fyra ungefär lika stora poster under månaderna juni, juli, augusti och september med betalning särskilt för varje post. Säljaren levererade i juni månad endast en knapp trettiondedel av totalmängden. Köparen ansågs i anledning härav berättigad att häva *hela* köpet, och detta *icke* på grund av något befarat dröjsmål med de följande leveranserna.

Simpson v. Crippin (1872)[7]

Köpet gällde 6 000—8 000 ton kol, som skulle levereras i lika stora månatliga poster under loppet av 12 månader med betalning särskilt för varje post. Köparen, som var skyldig att ställa vagnar till förfogande, sände den första månaden vagnar för endast 158 ton. Säljaren ville då häva beträffande återstoden, men ansågs *icke* berättigad härtill. Två domare förklarade att de inte kunde förstå regeln i Hoare v. Rennie.

Honch v. Muller (1881)[8]

2 000 ton järn skulle levereras *endera* i november *eller* jämnt fördelat över november, december och januari med betalning mot dokument. Köparen mottog inte *något* järn i november men förklarade sig villig att motta december- och januarileveranserna. Säljaren ansågs berättigad att häva köpet i dess helhet. Grundsatsen i Hoare v. Rennie godtogs. En domare ansåg att regeln i Simpson v. Crippin icke var tillämplig, därför att det där förekommit en (icke helt obetydlig) delvis uppfyllelse. En domare ansåg att Simpson v. Crippin icke var förenligt med Hoare v. Rennie och föredrog det sistnämnda avgörandet. En domare var skiljaktig.

Då man inom doktrinen utreder vad som fordras för att ett kontraktsbrott beträffande en eller några poster i ett "divisible" avtal skall ge motparten rätt att häva hela avtalet, används uttryck som att kontraktsbrottet skall "go to the root of the contract", "go to the whole consideration" eller "be in a vital point". Samma uttryck träffar man på vid försöken att klargöra skillnaden mellan "conditions" och "war-

[6] (1859) 5 H. & N. 19; 29 L.J. Ex. 73, här refererat från Benjamin, s. 732.
[7] (1872) 8 Q.B. 14.
[8] (1881) 7 Q.B. 92.

ranties" i ett avtal som är "entire", d v s vid avgörandet om ett kontraktsbrott i ett sådant avtal skall medföra hävningsrätt eller icke. Det är emellertid tydligt att uttrycken, då de används vid successiv leverans, ofta får täcka *en annan typ av väsentlighetsbedömning*. Det är inte säkert att ett kontraktsbrott avseende en del av prestationen, som — om avtalet varit "entire" — skulle ha givit motparten rätt att häva hela avtalet, också ger honom rätt att häva beträffande kommande poster vid successiv leverans. Det tycks förhålla sig så, att det *kontraktuella sambandet* mellan de olika delarna i ett avtal, som är "divisible", inte är tillräckligt för att ett kontraktsbrott, som berör en eller flera delar, också skall anses beröra övriga delar av avtalet. Detta utsägs visserligen sällan direkt — man låter i stället uttryck som t ex "go to the root of the contract" undergå en oredovisad betydelseförskjutning — men framgår ändå av olika uttalanden. Så t ex skiljer man inte — såvida inte hävningsrätten grundas på anteciperat kontraktsbrott — mellan rätten att häva beträffande redan levererade poster och rätten att häva beträffande kommande poster. Beträffande båda dessa kategorier kan köpet hävas om kontraktsbrottet "goes to the root of the contract". Beträffande redan levererade poster måste detta innebära en skärpning av den vanliga väsentlighetsbedömningen. Eljest skulle ju regeln om att köparen inte kan vägra "acceptance" av post som erbjuds "in due course of performance", vara alldeles meningslös.[9]

Regeln om parts rätt att i anledning av ett inträffat kontraktsbrott häva beträffande följande poster formuleras ibland också så, att leverans eller betalning av en post inte utgör någon "condition precedent" för skyldigheten att leverera eller betala för senare poster, såvida inte kontraktsbrottet i det särskilda fallet "goes to the root of the contract".[1] Denna formulering antyder ju att de olika posterna normalt inte skall betraktas som en enhet med avseende på hävningsrätten, och att uttrycket "go to the root of the contract" täcker ett samband mellan de olika posterna varigenom en sådan enhet etableras. Orsaken till att de tre ovan refererade rättsfallen blivit så omstridda och anses så svårtolkade måste vara att *man vid successiv leverans inte vill acceptera de grunder för väsentlighetsbedömningen som gäller om avtalet är "entire" och att man är osäker på efter vilka grunder väsentlighetsbedömningen då skall företas*. Benjamins tolkning av dessa tre rättsfall är i själva verket mycket klargörande för vad som enligt hans uppfattning

9 Om "acceptance" vid "divisible contracts", se ovan s. 145.
1 Se Benjamin, s. 734.

fordras för att kontraktsbrott beträffande en post skall ge motparten rätt att häva även beträffande följande poster. Han tolkar dessa tre rättsfall — ehuru med viss tveksamhet — som uttryck för en regel, enligt vilken kontraktsbrott, som inträffar innan någon del av avtalet hunnit fullgöras ("breach at the outset"), skall behandlas särskilt strängt.[2] I Simpson v. Crippin hade en icke helt oväsentlig del av avtalet hunnit fullgöras (köparen hade mottagit 158 vagnslaster kol), och säljaren ansågs inte hävningsberättigad. I Hoare v. Rennie och i Honch v. Muller hade icke någon del av avtalet hunnit fullgöras, och detta skulle alltså vara orsaken till att hävningsrätten omfattade även följande poster. Om säljarens rätt att häva hela avtalet, då köparen vägrar att ta emot en tredjedel av den avtalade kvantiteten (Honch v. Muller), motiveras med att det var fråga om "breach at the outset", är det tydligt att det inte räcker med "väsentlighet", utan att det fordras samband av ungefär samma slag som enligt förfångsregeln i skandinavisk köprätt.

I amerikansk rätt har man klart tagit avstånd från repudiationteorin. I ett fall avdömt 1885 av Förenta staternas högsta domstol fastslogs att kontraktsbrottets "materiality" skulle vara avgörande.

Norrington v. Wright[3]

5 000 ton järnskenor skulle levereras med omkring 1 000 ton per månad med början i februari och med allt godset levererat före augusti månad. Under februari och mars månader levererade säljaren endast 400 respektive 885 ton. Köparen ansågs berättigad att häva även beträffande följande poster. I domskälen framhävdes att överenskommelse om successiv leverans med betalning särskilt för varje post *inte* innebär att avtalet delas upp, så att varje post skall betraktas som ett särskilt avtal och att säljarens underlåtenhet att leverera avtalad kvantitet skall bedömas på samma sätt som om allt godset skolat levereras på en gång.

Denna regel fastslogs i § 45 Uniform Sales Act. Texten byggde på motsvarande bestämmelse i SGA, men man undvek med avsikt uttrycket repudiation och använde i stället uttrycket material.

I UCC har man radikalt upplöst repudiationsinstitutet i dess olika beståndsdelar. Rätten att vid successiv leverans häva köpet även i övriga delar på grund av det inträffade kontraktsbrottet *som sådant* regleras i § 2—612 (3) och ankommer på om det inträffade kontraktsbrottet "substantially impairs the value of the whole contract". Hävning på grund av *risken* för nya kontraktsbrott sker enligt reglerna om Right to

[2] Benjamin, s. 734.
[3] (1885) 115 U.S. 189.

Adequate Assurance of Performance (§ 2—609), som även gäller engångsprestationer. Anticipatory Repudiation (§ 2—610) har begränsats till klara fall av vägran eller oförmåga att fullgöra prestation. Williston är en energisk förespråkare för materialityregeln och kritiserar skarpt repudiation-teorin. Han framhäver att ett avtal som är "divisible" dock är *ett enda avtal* och betonar alltså det kontraktuella sambandet mellan de olika posterna vid successiv leverans. I ett avtal som är "divisible" råder det ett *dubbelt* avhängighetsförhållande mellan parternas prestationer. *Jämsides* med det speciella avhängighetsförhållandet ("particular dependency") mellan de olika delposter som svarar mot varann finns det ett generellt avhängighetsförhållande ("general dependency") mellan samtliga löften avgivna av den ena parten å ena sidan och samtliga löften avgivna av den andra parten å andra sidan. Vad gäller rätten att häva för framtiden finns det ingen anledning att inte beakta detta generella avhängighetsförhållande och följaktligen bör *samma regel gälla som då hela prestationen skall erläggas på en gång.* Avgörande skall alltså vara kontraktsbrottets svårighetsgrad i relation till hela avtalet.[4]

Av de engelska författare, på vilkas framställningar detta avsnitt är byggt, är det endast *Pollock* som klart formulerar och åtminstone de lege ferenda rekommenderar materiality-regeln.[5] Övriga författare formulerar inte problemet och följaktligen inte heller sin ståndpunkt lika klart, men deras olika uttalanden kan lättast bringas i överensstämmelse med repudiation-teorin.[6]

[4] Williston, On contracts s. 290 ff, On sales, § 465 b ff.

[5] Pollock, s. 213 ff., särskilt hans uttalanden i anslutning till Norrington v. Wright å s. 217.

[6] Chesire and Fifoot, s. 532 vid n. 7. betecknar Mersey Steel and Iron Co. v. Nailor som "the leading authority" på området. Wilson, s. 445, säger direkt, att de omständigheter som enligt Maple Flock Co., Ltd. v. Universal Furniture Products (Wembley) Ltd. anges vara relevanta vid bedömningen endast är "guides to discovering the true intention of the defaulter, and so long as there is proof of a clear intention to be bound, the non-delivery of a particular instalment will not discharge the contract". Chitty, General principles nr 1266, citerar ur domen i fallet Mersey Steel and Iron Co. v. Nailor, att "the law is now clear that the breach of one stipulation does not necessarily carry with it even an implication of an intention to repudiate the whole contract", och anser att det i avsaknad av en klar vägran att fullgöra avtalet fordras att kontraktsbrottet spolierar hela avtalet. Atiyah, s. 191, nämner över huvud inte de klassiska repudiationrättsfallen utan hänvisar utan egna kommentarer till Maple Flock co., Ltd. v. Universal Furniture Products (Wembley) Ltd. Av sammanhanget framgår dock klart, att han anser att den väsentlighetsbedömning som där föreskrivs icke sammanfaller med den väsentlighetsbedömning som skall företas om avtalet är "entire".

Även inom ramen för materiality-regeln beaktas den objektiva risken för ett upprepande och man fäster också avseende vid gäldenärens dolus eller culpa. Ett avsiktligt kontraktsbrott torde nästan alltid betraktas som "material". Ändock kvarstår mellan repudiation-teorin i objektiviserad och uttunnad form och materiality-regeln en grundläggande skillnad, som tycks ha sitt ursprung i skilda teoretiska utgångspunkter. Den uppfattning om hävningsrätten vid successiv leverans som bygger på läran om repudiation förutsätter att en överenskommelse om successiv leverans med betalning särskilt för varje post *försvagar det kontraktuella samband* som existerar mellan posterna.[7] Enligt repudiation-teorin är det kontraktuella samband som finns mellan de olika posterna inte tillräckligt för att motivera att ett kontraktsbrott beträffande en post också skall anses beröra övriga poster. En utvidgad hävningsrätt förutsätter ett mer kvalificerat samband mellan kontraktsbrottet och ännu icke levererade poster. Detta samband kan vara av två olika slag. För det första kan förhållandena vara sådana, att man på grund av det inträffade kontraktsbrottet kan anta att inte heller följande poster kommer att erläggas kontraktsenligt. För det andra kan de olika posterna stå i ett sådant samband med varandra, att en i och för sig korrekt deluppfyllelse förlorar i värde om inte också återstoden erläggs kontraktsenligt. Materiality-regelns teoretiska utgångspunkt är tvärtom att det kontraktuella sambandet mellan de olika delarna av prestationsskyldigheten kvarstår med oförminskad intensitet. Följaktligen fordras inget samband utöver det kontraktuella för att ett kontraktsbrott avseende en post också skall anses röra övriga poster. Om kontraktsbrottet är "material" skall det enligt den inom kontraktsrätten generellt gällande regeln medföra total hävningsrätt. Endast om kontraktsbrottet inte är "material" fordras något samband utöver det kontraktuella. Det samband det då kan bli fråga om är den genom kontraktsbrottet uppkomna eller avslöjande risken för ett upprepande. Ett funktionellt samband mellan de olika posterna upphäver självfallet inte kravet på "materiality".

Vad skall nu anses vara gällande rätt i England? Självfallet kan jag inte komma med någon egen uppfattning i denna fråga. Enligt Williston fastslås materiality-regeln i rättsfallet Maple Flock Co, Ltd. v. Universal Furniture Products (Wembley), Ltd, och enligt samme för-

[7] Uppfattningen klart formulerad hos Benjamin, s. 734: En överenskommelse om successiv leverans med betalning särskilt för varje post implicerar att förutsättningen för vardera partens löfte skall betraktas som såtillvida delbar, att motpartens delvisa kontraktsbrott skall kompenseras med skadestånd, såvida inte kontraktsbrottet i det särskilda fallet kan visas "go to the root of the contract".

fattare följer domstolarna materiality-regeln, även om de "pay lip service" till läran om repudiation.[8] Dock finns det enligt Williston i praxis möjligen en tendens att inte tillåta hävning vid fel i godset i samma utsträckning som vid dröjsmål.[9] En tendens att se mildare på fel än på dröjsmål kan ju vara inspirerad av repudiation-teorin i dess mer subjektiva utformning. Det torde ofta vara svårt att uppfatta leverans av felaktigt gods som "an intention to abandon and altogether to refuse performance of the contract".

Pollock, som liksom Williston de lege ferenda oreserverat rekommenderar materiality-regeln, intar de lege lata en något tveksam hållning, men presenterar dock en rätt övertygande argumentation till förmån för materiality-regeln.[1] Freeth v. Burr och Mersey Steel and Iron Co. v. Nailor, i vilka rättsfall repudiation-regeln vid successiv leverans anses fastslagen, är utan tvivel fortfarande gällande rätt och Pollock söker tolkningsvägen komma fram till att dessa rättsfall inte är oförenliga med materiality-regeln. I båda dessa rättsfall var det fråga om dröjsmål med erläggandet av köpeskillingen och orsaken var dessutom i båda fallen rättsvillfarelse. I engelsk rätt är ju *tiden* för köpeskillingens erläggande inte utan vidare "of the essence of the contract".[2] Man kan därför tänka sig, anser Pollock, att domstolen i de nämnda rättsfallen inte ansåg att det inträffade kontraktsbrottet var väsentligt, och att man *därför* fordrade repudiation för att hävningsrätt skulle inträda. Den *positiva* regel om repudiation vid successiv leverans som fastslås i dessa rättsfall, nämligen att repudiation — underförstått även om något väsentligt kontraktsbrott icke inträffat — ger motparten hävningsrätt, är utan tvivel riktig. Däremot är det enligt Pollock tveksamt, om repudiation verkligen, då ett väsentligt kontraktsbrott inträffat, är *nödvändigt,* för att hävningsrätt skall inträda. Pollock påpekar också,[3] att Förenta staternas högsta domstol i målet Norrington v. Wright (avdömt 1885) ville undvika att åstadkomma en diskrepans mellan engelsk och amerikansk rätt på handelsrättens område, men att den inte kunde finna att regeln i Norrington v. Wright var i strid med gällande engelsk rätt. (Freeth v. Burr och Mersey Steel and Iron Co v. Nailor avdömda 1874 respektive 1884). Pollock anser, att avgörandet i Norrington v. Wright är i linje med den moderna tendensen att kräva strikt

8 Williston, On contracts s. 291.
9 Williston, a.a. s. 306 n. 7 med hänvisningar till rättsfall.
1 Pollock, s. 213 ff.
2 SGA Sect. 10 (1).
3 Pollock, s. 216 f.

uppfyllelse av åtagna förpliktelser och att överge artificiella teoretiska konstruktioner. Norrington v. Wright binder visserligen inte engelska domstolar, men man kan förvänta att Court of Appeal eller House of Lords, om ett liknande fall kommer upp till bedömning, inte kan undgå att ta intryck av den övertygande och utförliga argumentationen i detta mål. (Pollock vågar tydligen inte lita på att materiality-regeln är fastslagen i Maple Flock Co. v. Universal Furniture.)

3 Rättsutvecklingen i anglosaxisk rätt på det nu behandlade området är för vår del av särskilt intresse, eftersom de engelska reglerna liksom de skandinaviska bygger på uppfattningen, att de olika posterna vid successiv leverans utgör eller i vart fall bör behandlas som skilda avtal. Rättsutvecklingen i England har inneburit att man de facto avlägsnat sig från denna grunduppfattning — en ståndpunkt som i detta arbete rekommenderas de lege ferenda och i viss utsträckning även de lege lata också för skandinavisk rätts vidkommande.

Repudiationregeln i engelsk rätt tycks numera innebära att kontraktsbrottets svårighetsgrad, härunder inbegripet både omfattningen av och orsaken till kontraktsbrottet, har en avsevärd betydelse i och för sig, alltså oavsett risken för ett upprepande. I skandinavisk rätt kan man endast i begränsad utsträckning ta hänsyn till kontraktsbrottets svårighetsgrad, nämligen endast när det är tveksamt om risken för ett upprepande når upp till det i det tillämpliga stadgandet uppställda kravet. Även för vår del skulle man emellertid kunna tänka sig att i samtliga fall ta hänsyn både till det inträffade kontraktsbrottets svårighetsgrad och risken för ett upprepande på så sätt att man företog en sammanvägning av dessa olika faktorer. Ju större risk för ett upprepande, desto mindre krav skulle ställas på kontraktsbrottets svårighetsgrad och omvänt. Om gäldenären t ex vägrade att leverera eller ta emot hälften av godset, skulle borgenären kunna häva hela köpet, även om det inte förelåg *någon* risk för ett upprepande.

Det är emellertid möjligt att en sådan sammanvägning av flera olika faktorer skulle innebära att domstolarnas prövningsrätt blev så fri, att parterna i en köprättslig konflikt inte skulle ha någon rimlig chans att förutsäga utgången av en eventuell rättegång. I så fall kommer lösningen i konflikt med synpunkten att de köprättsliga reglerna skall kunna tillämpas av parterna själva utan alltför stor risk för felbedömningar av rättsläget.

En annan metod att komma tillrätta med fall som t ex det ovan nämnda, där gäldenären vägrar att leverera eller ta emot hälften av

godset, skulle vara att tillämpa *den vanliga väsentlighetsregeln*. Man skulle alltså tillåta hävning för framtiden vid kontraktsbrott, som visserligen endast rör viss post men som dock, jämlikt nyssnämnda regel, är *väsentligt även i förhållande till hela köpet*. Visserligen är det just denna lösning som lagstiftaren förkastat genom att uppställa regeln i 22 och 46 §§. Skälen härför — om nu regeln verkligen bygger på ändamålsöverväganden och inte på en juridisk hjälpkonstruktion[1] — måste vara att man ansett att den eljest gällande huvudregeln om total hävningsrätt vid väsentliga kontraktsbrott skulle träffa gäldenären alltför hårt vid successiv leverans.[2] Frågan är emellertid om man verkligen tänkt igenom hur den vanliga väsentlighetsregeln skulle fungera vid successiv leverans.

Ofta är vid successiv leverans den närmare tidpunkten för leverans av de olika delarna av godset inte fixerad på förhand. Man nöjer sig med att bestämma när allt godset skall vara slutlevererat, och säljaren eller köparen eller båda tillsammans får senare bestämma när under loppet av tidsperioden de olika posterna skall levereras. Att den av parterna som har den närmare bestämmanderätten dröjer med att leverera eller ta ut godset utgör inte något dröjsmål från hans sida. Då denne förbundit sig att leverera/utta godset successivt gäller visserligen in dubio att de olika posterna skall levereras respektive tas ut "någorlunda jämnt" under perioden,[3] men denna regel är så obestämd till sitt innehåll att den sällan kan användas mot en gäldenär som är beredd att i huvudsak fullgöra sina förpliktelser. Om den av parterna som *inte* har bestämmanderätten underlåter att leverera eller ta ut godset på anfordran, gör han sig naturligtvis skyldig till dröjsmål. Verkningarna av denna regel mildras emellertid genom att gäldenären måste beredas ett visst rådrum.

Då leveranstiden för de olika posterna är fixerad på förhand är det lätt att fastställa ett dröjsmål, men i dessa fall kan väsentlighetskravet ofta fungera som ett korrektiv mot en onödigt omfattande hävning. Dels gäller ju att dröjsmålet måste avse en icke ringa del av godset. Väsentlighetsregeln är ganska tänjbar. En av tio lika stora poster kan — om man så vill — anses utgöra en endast ringa del av godset. Dröjsmål med en sådan post behöver alltså inte medföra rätt att häva köpet i övrigt. Man bör emellertid också — även vid handelsköp —

[1] Jfr ovan s. 146 om sambandet mellan teorier och ändamålsöverväganden.
[2] Se ovan s. 151 f.
[3] Se ovan s. 167 n. 1.

kunna ta hänsyn till *dröjsmålets längd*. Denna omständighet kan visserligen inte beaktas vid handelsköp då godset skall levereras på en gång. Enligt 21 § andra stycket skall vid handelsköp varje dröjsmål medföra hävningsrätt. Att ta hänsyn till dröjsmålets längd då det är fråga om *de för de olika posterna fastställda leveranstiderna* är emellertid en annan sak. Det behöver inte anses innebära ett avsteg från regeln i 21 § andra stycket utan kan uppfattas som en anpassning av denna regel till de speciella förhållandena vid successiv leverans.

Dröjsmålsreglerna kommer också att återverka på rätten att häva på grund av fel i godset. Om leveranstiderna är tänjbara, har säljaren större möjlighet att utnyttja sin rätt enligt 49 § att leverera gillt gods.[4]

Huvudregeln att ett *väsentligt* kontraktsbrott ger total hävningsrätt skulle alltså, tillämpad på successiv leverans, medföra hävningsrätt främst då en post, utgörande en väsentlig del av hela den avtalade mängden, helt uteblir, försenas kraftigt eller är behäftad med väsentligt fel och säljaren inte kan eller vill lämna gillt gods inom rimlig tid. Är hävning i dessa fall verkligen en alltför sträng påföljd?

Den lösning som de tyska domstolarna valt är ännu strängare mot gäldenären. Som ovan nämnts[5] kan borgenären enligt tysk rätt vid dröjsmål rörande en post häva även för framtiden. Det krävs alltså *varken* risk för ett upprepande *eller* att kontraktsbrottet är väsentligt även med hänsyn till köpet i dess helhet. Denna stränga regel gäller emellertid endast då gäldenären har skuld till det inträffade. Om kontraktsbrottet beror på omständigheter utanför hans kontroll, kan köpet hävas endast vid intressebortfall eller risk för ett upprepande. I köplagen skiljer man inte mellan culpa- och casusfall då fråga är om hävning. Att tillämpa en så sträng regel som den som gäller i tysk rätt, då gäldenären varit dolös eller culpös, på alla kontraktsbrott oavsett orsaken till kontraktsbrottet kan knappast komma ifråga. En fördel har den dock framför andra tänkbara lösningar. Den är lätt att tillämpa.

Vid övervägandet av olika sätt att lösa frågan om rätt att häva för framtiden måste man också beakta detentionsrätten. Här ovan har jag skisserat några olika sätt att lösa problemet så, att reglerna verkligen fångar upp de fall där det framstår som önskvärt att hävningen utvidgas till att omfatta även kommande poster. Ett annat sätt att lösa problemet skisserades i avsnittet om detentionsrätten vid successiv leve-

[4] Omleverans får äga rum tills köparen jämlikt 21 § skulle ha varit berättigad att häva köpet.
[5] Ovan s. 153 med n. 5.

rans.[6] Man kunde tillåta borgenären att temporärt innehålla post eller betalningen för viss post, *till dess gäldenären fullgjort samtliga de förpliktelser som bort fullgöras före den prestation som borgenären innehåller, och sedan häva beträffande den innehållna posten om innehållandet inte får avsedd effekt.* En på detta sätt utvidgad detentions- och hävningsrätt i kombination med hänsynstagande till omfattningen av och orsaken till det inträffade kontraktsbrottet i den utsträckning detta är möjligt inom ramen för köplagens bestämmelser förefaller mig vara en ganska tillfredsställande lösning på problemet om vilken verkan ett inträffat kontraktsbrott skall ha för rätten att häva beträffande kommande poster. Samtidigt som man tar hänsyn till köparens intresse av att omfattande transaktioner inte går om intet på grund av tillfälliga försummelser, fångar man upp de fall där en utvidgad hävningsrätt av hänsyn till borgenären och till preventionssynpunkten är påkallad. Samtidigt är den — jämförd med andra lösningar som ger ett lika tillfredsställande resultat i det enskilda fallet — lätt att tillämpa.

[6] Ovan 2 kap. III 2.

4 kapitlet

Hävning då köparen inte kan återställa godset

Inledning

I uttrycken "häva avtalet" och "häva köpet" avspeglas uppfattningen att hävningen i första hand drabbar själva avtalet och blott indirekt de prestationer som skall erläggas. I hävningens retroaktiva effekt ligger då att själva avtalet skall anses upplöst även med avseende på förfluten tid. Reglerna om hävning på grund av kontraktsbrott beskrivs i en treledskonstruktion, i vilken avtalets retroaktiva upplösning skjuts in som en följd av kontraktsbrottet och som grund till hävningsrättsföljden.

I skandinavisk rätt förhåller man sig numera skeptisk till dylika "mellanbegrepp" som sammanbinder rättsfaktum och rättsföljd.[1] I den

[1] Se ovan 1 kap I 1 om diskussionen mellan Ekelöf, Strahl och Ross om de s k mellanbegreppen. Att mellanbegreppen inte kan uppfattas som någonting fristående från rättsfaktum och rättsföljd var man tidigt på det klara med, och diskussionen kom att röra om mellanbegreppen betecknar rättsfaktum eller rättsföljd eller eventuellt ingenting alls. Se även Bramsjö, s. 10 f., som kritiserar uppfattningen att avtalets hävande eller ogiltighet skulle vara någonting från sina förutsättningar och verkningar fristående. Frågan om det mellanliggande ledet har någon självständig betydelse har tilldragit sig stor uppmärksamhet i *tysk rätt*. Enligt den förhärskande uppfattningen innebär Rücktritt att avtalet upplöses retroaktivt, och återbärings- och ersättningsskyldigheten är endast en följd av avtalets retroaktiva upplösning. E. Wolf har däremot hävdat att hävningsförklaringen *direkt* ger upphov till de i hävningsrättsföljden ingående rättigheterna och förpliktelserna. Se Wolf, Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden (AcP 1954 s. 97 ff.) i avsnittet om "Die Rechtsnatur des Rücktrittsverhältnisses" (s. 102 ff.). Denna teoretiska stridsfråga avspeglar reella motsättningar om hävningsreglernas utformning, se nedan under II A 1. Motsvarande fråga har diskuteras för Wandelungsinstitutets vidkommande. Enligt "Vertragstheorie" är köparens anspråk på Wandelung ett anspråk på att säljaren med honom skall sluta ett avtal om köpets återgång, och ur detta nya avtal uppstår skyldigheten att återbära redan fullgjorda prestationer. Enligt "Herstellungstheorie" går anspråket direkt — utan någon mellanliggande överenskommelse — ut på återgång av fullgjorda prestationer. Om teoribildningen se närmare Soergel § 462 Bem. 2.

här beskrivna treledskonstruktionen torde mellanbegreppet, avtalets retroaktiva upplösning, utgöra en *beskrivning* av det till kontraktsbrottet anknutna rättsföljdskomplexet.[2] Beskrivningen är såtillvida träffande som den nära ansluter sig till hävningspåföljdens avsedda funktion, sådan den uppfattats inom doktrinen, nämligen att *försätta borgenären i samma läge som om något avtal aldrig ingåtts.*

I framställningens inledande kapitel har jag hävdat att detta rimligen inte kan vara hävningspåföljdens avsedda funktion.[3] Då detta så

(tar ej ställning i den teoretiska stridsfrågan), Larenz II, § 37 II a (företräder en modifierad Vertragstheorie) och Enneccerus-Lehmann, § 110 (för Herstellungstheorie). Se vidare ett inlägg av Blomeyer i AcP 1950/51, s. 97 ff., där B. vänder sig just mot överflödiga mellanbegrepp, samt Wunner, Die Rechtsnatur der Rückgewährpflichten bei Rücktritt und auflösender Bedingung mit Rückwirkungsklausel (AcP 1968 s. 424 ff.). — Reglerna i *C.c.* om résolution präglas massivt av uppfattningen att hävningen retroaktivt upplöser avtalet. Det finns inte en gång särskilda regler om hävningspåföljdens innehåll, utan man följer regler om "répétition de l'indu", tillämpliga även när prestation utgivits av misstag, se nedan s. 285 f och s. 315.

[2] Denna uppfattning har Jambu-Merlin hävdat och närmare utvecklat i ett arbete benämnt Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques (Rev. trim. 1948 s. 271—299. Uppsatsen är indelad i numrerade avsnitt, till vilka hänvisas i det följande.) J-M skiljer till en början mellan "rétroactivités-déductions", som omfattar ogiltighetsfallen, och rétroactivités-fictions, som omfattar främst hävningsfallen. En ogiltig rättshandling har enligt det klassiska ogiltighetsbegreppet inte någon rättslig betydelse. Då ogiltigheten beror av en ursprunglig brist, kan den inte heller i förfluten tid — innan ogiltigheten konstaterades — ha haft några rättsverkningar. Följaktligen bör "en toute logique" den konstaterade ogiltigheten få retroaktiv effekt. "*La rétroactivité se déduit de l'analyse de la situation juridique.*" (p. 8) Denna logiska slutledning är dock endast skenbart berättigad. Den ogiltiga rättshandlingen har dock en yttre form som ger den *sken* av att vara giltig, den *existerar* om än provisoriskt, och man kan därför inte utan vidare frånkänna den rättslig betydelse. (p. 11) I hävningsfallen förhåller det sig på annat sätt. Ingen hävningsteori har förmått att på ett tillfredsställande sätt förklara just retroaktiviteten, säger J-M. Capitants causeteori och med den besläktade teorier förklarar visserligen varför avtalet, sedan en av förpliktelserna blivit berövad sin "cause", *icke längre* kan ha någon rättslig betydelse, men de förklarar inte varför ett *efter avtalets slutande* inträffande cause-bortfall skall ha retroaktiv effekt. J-M sluter sig till att det i hävningsfallen inte finns någon "logisk" förklaring till den retroaktiva effekten. Retroaktiviteten framstår som en *fiktion.* "On agit *comme si* tel acte n'avait point existé." (p. 10). En fiktion kan inte ha något egenvärde. Den är endast en förklaring — och oftast en dålig sådan — av en bakomliggande positiv rättsregel. Vid bedömningen av om och i vilken utsträckning en hävningsregel skall avse även förfluten tid skall man alltså gå förbi retroaktivitetsfiktionen och genom sedvanliga tolkningsmetoder, alltså med hänsyn till regelns syfte och sociala funktion, tolka den bakomliggande rättsregeln. (p. 14 f.) Härvid måste särskilt beaktas att retroaktiviteten kan komma att kollidera med "une realité imperative", (se p. 27 om "les éléments objectifs"). Om hur man enligt J-M:s uppfattning bör lösa en dylik konflikt i hävningsfallen, se nedan s. 247 n. 4.

[3] Se ovan 1 kap. under II C 1.

allmänt hävdas beror det på en förväxling av mål och medel. Hävningspåföljden liksom andra påföljder av kontraktsbrott syftar till att ge borgenären kompensation för det inträffade kontraktsbrottet. Om man antar att de prestationer som skall utväxlas i ett ömsesidigt förpliktande avtal är ekonomiskt ekvivalenta — ett antagande som bildar grundvalen för hela hävningsinstitutet — erhåller borgenären sådan kompensation genom att han får behålla eller återta sin egen prestation mot att han avstår från motprestationen. Förfarandet innebär visserligen att status quo ante återställs, men detta är inte målet, endast medlet.

Så länge prestationerna finns i behåll och kan återställas, får denna förväxling mellan mål och medel ingen praktisk betydelse. Hävningspåföljden tillåts under samma förutsättningar och får samma utformning oavsett vad man har för uppfattning i den berörda frågan. Hävning kan emellertid komma i fråga även om naturaprestationen gått förlorad genom mottagarens förfogande över den eller genom vådahändelse. Hävningspåföljden innebär visserligen att naturaprestation skall återbäras *om* den finns i behåll, men att naturaprestation verkligen kan återställas är inte konstitutivt för hävningsbegreppet. Att naturaprestationen inte kan återställas påverkar emellertid på ett avgörande sätt hävningspåföljdens utformning och effekt, och fråga uppkommer om hävning *bör* vara tillåten även i denna situation.

Vad frågan egentligen gäller är *vilken av kontrahenterna som skall bära den förlust som uppkommer i och med att naturaprestationen ej längre finns i behåll.* Om hävning tillåts (och ej kompletteras med ersättningsskyldighet), oaktat en av kontrahenterna ej kan återbära mottagen prestation i oförändrat skick, kommer denna förlust att drabba hans motpart. Om hävning inte tillåts (eller kompletteras med ersättningsskyldighet), får den som inte kan återbära mottagen prestation själv bära förlusten.

I den nu berörda situationen leder olika uppfattningar om hävningspåföljdens ändamål till olika resultat, främst när det är den för kontraktsbrott utsatte (borgenären) som ej kan återbära mottagen prestation. Uppfattningen att hävningen drabbar själva avtalet och att borgenären kan fordra att ekonomiskt bli försatt i samma situation som om något avtal aldrig ingåtts, leder fram till att borgenären bör undgå, ej blott sådana förluster som är en följd av kontraktsbrottet utan *även sådana förluster som enbart är en följd av avtalet,* d v s förluster som ej har något samband med kontraktsbrottet, men som ej skulle ha inträffat, eller i vart fall ej drabbat borgenären, om inte avtalet ingåtts. Vid den närmare utformningen av regelsystemet influeras man av de regler

som gäller när prestation skett, oaktat det *aldrig existerat något giltigt avtal.* Man uppfattar alltså retroaktivitetsfiktionen mer eller mindre som en realitet. Grunden för återbäringsskyldigheten anses vara av berikelserättsligt slag och (godtroende) mottagares ansvar följaktligen begränsat enligt berikelserättsliga regler.[4]

Om man däremot antar att hävningspåföljdens ändamål är att kompensera borgenären för det inträffade kontraktsbrottet, kan borgenären inte fordra att bli försatt i en bättre situation än han skulle varit, *om avtalet fullgjorts kontraktsenligt.* Om ett genomförande av hävningspåföljden i en viss typsituation leder till att borgenären kommer i *bättre* ställning än om avtalet fullgjorts kontraktsenligt, är detta en effekt som ej motiveras av hävningspåföljdens ändamål. Sker det på motpartens bekostnad, måste det undersökas om effekten är i överensstämmelse med andra inom köprätten och obligationsrätten accepterade grundsatser eller ändock kan tolereras. Om så ej är fallet bör denna effekt elimineras, antingen genom att hävning inte tillåts och borgenären hänvisas till mer begränsade påföljder, som ej har denna effekt, eller genom att hävningspåföljden kompletteras med ersättningsskyldighet för borgenären.

57 § KöpL förutsätter enligt sin ordalydelse att köpet är hävt ("Varder köp hävt enligt denna lag . . ."). Borgenären skall alltså ha avgett en hävningsförklaring och förutsättningarna för hävning i vad angår kontraktsbrottets svårighetsgrad och fullgjord reklamationsskyldighet skall ha varit för handen. I och med hävningsförklaringen upphör då skyldigheten att utge prestation och uppstår skyldighet att återställa mottagen prestation, ett rättsföljdskomplex som jag kallar hävning eller *hävningsrättsföljden.*[5] Dessa regler finns inte intagna i köplagen men är förutsatta i denna och utgör bakgrunden till 57 och 58 §§.

[4] Se nedan s. 315 n. 2 om uppfattningen att avtalets hävande ger upphov till ett "Bereicherungsverhältnis", och det faktiska berikelserättsliga inslaget i BGB:s regler om rättsförhållandets avveckling vid hävning, den hävandes till "den behållna vinsten" begränsade ersättningsskyldighet (nedan s. 288 f.) och reglerna om prisfaran i hävningssituationen (nedan s. 315 och s. 328 f.). I fransk rätt skall rättsförhållandet efter hävning avvecklas enligt regler med stark anknytning till institutet obehörig vinst, som i princip begränsar godtroende mottagares ansvar till den behållna vinsten, se nedan s. 285 f.

[5] Dessa rättsföljder är det centrala innehållet i hävningsrättsföljden. Till innehållet i hävningsrättsföljden hör också regler om avhängighetsförhållandet mellan de förpliktelser och rättigheter som uppkommer vid hävning samt vidare regler om skyldighet att utge ersättning för mottagen prestation som inte kan återställas, se närmare nedan s. 242. Jfr Bramsjö, s. 14 f., om återgång av avtal som ett samlingsdirektiv inneslutande olika specialdirektiv.

I 57 och 58 §§ beskrivs innehållet i hävningsrättsföljden i ett visst bestämt avseende, nämligen avhängighetsförhållandet mellan parternas prestationer, då borgenären hävt eller vill häva på grund av ett inträffat kontraktsbrott. 57 § ger huvudregeln. Det finns ett sådant avhängighetsförhållande. "Varder köp hävt enligt denna lag, äge säljaren ej återbekomma godset med mindre han återbär vad han å köpeskillingen uppburit, men vare ej heller pliktig att giva köpeskillingen ut med mindre han återbekommer godset väsentligen oförändrat och oförminskat." 58 § är konstruerad som ett undantag från denna huvudregel: "Vad i 57 § är stadgat om säljarens rätt att vid köpets hävande återbekomma godset utgöre ej hinder för köparen att häva köpet, så framt . . .", varefter uppräknas en rad omständigheter som gör det omöjligt för köparen att återställa godset i oförändrat skick.

För förståelsen av dessa regler måste man till en början göra klart för sig att lagstiftaren inte skiljer mellan oförmåga att återställa mottagen prestation som ett *hinder för hävning* å ena sidan och såsom ett rättsfaktum som ger gäldenären rätt att *inhibera den redan inträdda hävningsrättsföljden,* å andra sidan.[6] 57 § förutsätter enligt sin ordalydelse att köpet *är hävt,* men av redigeringen av 58 § framgår att lagstiftaren utgått från att 57 § innehåller en regel, enligt vilken köparens oförmåga att återställa prestation utgör *"hinder"* för hävning. Lagstiftaren använder alltså uttrycket hinder för hävning som en sammanfattande beteckning på vissa rättsföljder, anknutna till köparens oförmåga att återställa mottagen prestation, oavsett om denna oförmåga inträffat före eller efter hävningsförklaringen.[7]

På motsvarande sätt kan man använda uttrycket "förlust av hävningsrätten" som en sammanfattande beteckning på rättsföljder anknutna till köparens oförmåga att återställa mottagen prestation före och efter hävningsförklaringen. För att uttrycket skall kunna täcka båda situationerna får ordet "hävningsrätt" undergå en lätt betydelseförskjutning. När oförmågan uppstått före hävningsförklaringen, betyder det rätten att genom en ensidig förklaring bringa hävningsrättsföljd-

[6] Bramsjö påpekar också denna sammanblandning av begreppen, s. 155 f.

[7] Jfr däremot BGB:s regler om Rücktritt, där man konsekvent håller isär begreppen. §§ 350—353 handlar om i vad mån oförmåga att återställa mottagen prestation utgör hinder för hävning. §§ 346—348 handlar om innehållet i hävningspåföljden och §§ 354, 355 handlar om rätt att inhibera den redan inträdda hävningsrättsföljden. Köplagens prisfareregel i 58 § motsvaras i BGB dels av § 350, som är tillämplig på vådahändelser före hävningsförklaringen, och dels av § 348, som är tillämplig om vådahändelsen inträffat efter en verksam hävningsförklaring.

den att inträda. Om oförmågan uppstått efter hävningen, betyder det de befogenheter för borgenären som ingår i själva hävningsrättsföljden.

Detta språkbruk gör inte rättvisa åt det förhållandet att *olika rättsföljder* är anknutna till köparens oförmåga att återställa mottagen prestation, beroende på om denna inträffat före eller efter en verksam hävningsförklaring. Hinder för hävning och inhibition av hävning är inte samma sak, liksom hävningsrätt och hävning är från varann skilda företeelser. Uttrycket *hävningsrätt* betecknar att part genom en ensidig förklaring kan bringa hävningsrättsföljden att inträda. Förutsättningarna för hävningsrätt är främst ett väsentligt kontraktsbrott, och hävningsrätten kan betecknas som en rättsföljd anknuten till detta. Hävningsrätten inträder i och med att kontraktsbrottet inträffar. Hävningsrätten kan upphöra, "gå förlorad", genom underlåten reklamation, underlåtenhet att utöva den eller genom förfogande över mottagen prestation. Om och i och med att borgenären — medan hävningsrätten ännu är bestående — avger en hävningsförklaring, d v s fordrar att köpet skall hävas, inträder *hävningsrättsföljden,* en sammanfattande beteckning på vissa rättigheter och förpliktelser.[8] I relation till hävningsrättsföljden framstår hävningsrätten jämte hävningsförklaringen som rättsfakta, till vilka hävningsrättsföljden är anknuten. Förutsättningarna för hävning kan emellertid beskrivas utan att man använder sig av begreppet hävningsrätt. Man uppräknar i stället samtliga de omständigheter som skall vara för handen för att hävningsrätt fortfarande skall bestå vid tidpunkten för hävningsförklaringens avgivande, däribland förmågan att återställa mottagen prestation. Hävningsrättsföljden anknyts direkt till dessa rättsfakta jämte hävningsförklaringen.[9] Oförmåga att återställa mottagen prestation utgör *hinder för hävning.*

Då hävningsrättsföljden väl inträtt, kan den inte upphöra genom någon ensidig förklaring eller genom att borgenären underlåter att ut-

[8] Jfr dock Augdahl, Alm.del kap. 18 XV, som hävdar att hävningsrätt och hävning i själva verket är samma sak och att hävningsrättsföljden inträder redan vid kontraktsbrottet och ej först i och med hävningsförklaringen.

[9] Detta betyder inte att "hävningsrätt" skulle vara något onödigt mellanbegrepp. Dels är det användbart som en samlingsbeteckning på de olika rättsfakta som förutom hävningsförklaringen skall vara förhanden för att hävningsrättsföljden skall inträda. När en hävningsförklaring väl avgivits torde uttrycket hävningsrätt alltid avse dessa rättsfakta. Men innan någon hävningsförklaring avgivits kan termen hävningsrätt också syfta på någonting annat, nämligen att borgenären genom en hävningsförklaring kan bringa hävningsrättsföljden att inträda, alltså *en rättsföljd.* Se Ekelöf i TfR 1945 s. 242 ff. om den dubbla betydelsen av dylika mellanbegrepp. Den mellan Ekelöf, Strahl och Ross m fl förda diskussionen i dessa frågor har tidigare berörts, se ovan s. 1 f.

öva den.[1] I motsats till hävningsrätten innefattar hävningsrättsföljden "verkliga" — kategoriska, ej blott hypotetiska[2] — rättigheter och förpliktelser *för båda parter*. För att hävningsrättsföljden skall upphöra fordras att någon av parterna inte fullgör dessa förpliktelser, främst skyldigheten att återställa mottagen prestation. Hans motpart kan då genom en ensidig förklaring åstadkomma att hävningsrättsföljden *upphör*. Detta kan också uttryckas så att borgenären förlorar sina i hävningsrättsföljden ingående rättigheter. Däremot kan det inte vara tal om någon förlust av *hävningsrätten*. Denna är konsumerad i och med att hävningsrättsföljden inträtt. Underlåtenhet att uppfylla dessa förpliktelser kan inte utgöra *hinder mot hävning*. Visserligen säger man att hävningsrättsföljden upphör "retroaktivt". Att man använder retroaktivitetsfiktionen för att beskriva rättsläget då hävningsrättsföljden upphör kan dock inte bringa ur världen det faktum att hävningsrättsföljden gällt under en viss tidsrymd. Hävningsrättsföljden upphör ex nunc liksom den inträder ex nunc.[3]

Distinktionen har viss praktisk betydelse. Utan praktisk betydelse är skillnaden visserligen i det vanligaste fallet av tvist, nämligen då köparen-borgenären bestrider säljarens krav om utfående av köpeskillingen eller, mot säljarens bestridande, fordrar att återfå den under åberopande av att köpet (fortfarande) är hävt. Här sammanfaller rättsföljderna hinder för hävning och inhibition av hävning. Det kan emellertid också förhålla sig så, att det är *den kontraktsbrytande säljaren, som åberopar att köparen hävt avtalet,* och förklarar sig beredd att avstå från köpeskillingen mot att han återfår godset jämte eventuell ersättning för den förstörelse det undergått hos köparen. Antag att köparen hävt på grund av fel i godset *och att godset fanns i behåll vid tiden för hävningsförklaringen*. Därefter inträffar en prisstegring på sådant gods som avses med köpet. Köparen ångrar sig och förklarar att han återkallar sitt yrkande om hävning samt konsumerar en del av godset. Säljaren fordrar emellertid att mot återbetalning av köpeskillingen utfå vad som finns kvar av godset jämte ersättning för den del därav som konsumerats. Säljarens yrkande skall bifallas. Hävningsrättsföljden, som innebär rättigheter och förpliktelser för *båda* parter, upphör inte för att den part, som genom sin ensidiga förklaring fått den att inträda, ångrar sig. Antag däremot att köparen *redan vid tidpunkten för hävningsförkla-*

[1] Hävningsförklaringen är "bindande" för den som avger den, Almén, § 26 vid n. 21 och med hänvisningar i noten.

[2] Om "hypotetiska" rättsföljder, se Ekelöf i Festskrift för Ekeberg s. 153 och s. 158 vid n. 3 med hänvisningar i noten.

[3] Om retroaktiviteten som en fiktion, se ovan s. 234 n. 2.

ringen konsumerat en del av godset. Säljaren protesterar till en början[4] mot hävningsförklaringen, men liksom i det förra exemplet medför en härefter inträffad prisstegring att båda parter ändrar ståndpunkt. Köparen vill fasthålla köpet, medan säljaren gör gällande att hävningsrättsföljden inträtt eller skall inträda i enlighet med köparens tidigare framställda yrkande härom (hävningsförklaringen). Säljarens yrkande om att mot återbetalning av köpeskillingen utfå godset jämte ersättning för den del därav som konsumerats, kan emellertid i detta läge, då konsumtionen skett *före* hävningsförklaringen, inte bifallas. Hävningsförklaringen har, eftersom köparen när han avgav den inte hade hävningsrätt, ej utlöst hävningsrättsföljden. Självfallet kan då köparen inte fordra att mot återställande av godset utfå köpeskillingen, men *inte heller hans motpart* kan grunda något anspråk på hävningsförklaringen.

Den förändring av den rättsliga situationen som inträder i och med hävningsförklaringen motiverar att oförmåga att återställa prestation även i annat hänseende får olika rättsföljder, beroende på om den inträffat före eller efter hävningsförklaringen. Det är inte så säkert att omständigheter som ger säljaren rätt att inhibera den redan inträdda hävningspåföljden också bör utgöra hinder för hävning och vice versa och att båda påföljderna alltid har exakt samma innehåll.[5]

Dessa skillnader motiverar emellertid inte införandet av en helt ny terminologi, där man konsekvent skiljer mellan rättsföljder anknutna till köparens oförmåga att återställa mottagen prestation beroende på om oförmågan uppstått före eller efter hävningsförklaringen. Det finns inte någon annan lämplig term som täcker både hinder för hävning och inhibition av hävning. Jag kommer därför att i fortsättningen använda uttrycket hinder för hävning *även* som en sammanfattande beteckning på båda rättsföljderna. I vilken betydelse uttrycket används kommer att framgå av sammanhanget. På samma sätt kommer jag att använda uttrycket "förlust av hävningsrätten".

57 § förutsätter vidare enligt ordalydelsen att båda parter hunnit prestera. Huvudregeln om prestationernas avhängighetsförhållande

[4] Om säljaren genast, eller i vart fall före "acceptfristens" utgång, godtar hävningsförklaringen, inträder hävningsrättsföljden till följd av avtal mellan parterna. Köparens hävningsförklaring fungerar som ett anbud om att köpet skall hävas.

[5] Se nedan under I B 3 om ersättningsskyldighetens omfattning då förfogandet inträffat före och efter en verksam hävningsförklaring, under I C 2 om den preventiva aspekten på påföljdsvalet, då förfogandet inträffat efter hävningsförklaringen, IC 3 om köparens rätt att behålla en del av godset och häva beträffande återstoden samt II A och B om faran för godset.

har formulerats som en regel att vardera partens prestationsskyldighet betingas av att också motparten presterar. Säljaren är inte "pliktig att giva köpeskillingen ut med mindre han återbekommer godset väsentligen oförändrat och oförminskat". I denna formulering ligger för det första att säljaren har rätt att innehålla köpeskillingen *till dess* köparen utger godset. 57 § ger parterna *detentionsrätt* i hävningssituationen och utgör så långt en motsvarighet till 14 §.[6] Parternas rättigheter enligt 14 § är emellertid, som tidigare utvecklats, av temporär karaktär och kan inte åberopas som stöd för ett definitivt innehållande av en prestation.[7] Parternas rättigheter enligt 57 § är inte begränsade på detta sätt. Om köparen inte återställer mottagen prestation, kan säljaren med stöd av 57 § första stycket *definitivt* behålla köpeskillingen, d v s hävningsrättsföljden inträder inte eller kan bringas att upphöra, om den redan inträtt.

I 57 § sägs strängt taget ingenting om hur det går med kreditsäljarens anspråk på köpeskillingen för det fall att köparen ej fullgör sin genom hävningen uppkomna skyldighet att återställa godset. En bestämmelse härom är emellertid erforderlig om man ser 57 § mot bakgrund av dess plats i regelsystemet. 57 § förutsätter enligt sin ordalydelse att köpet är hävt, och i och med hävningen upphör säljarens anspråk på köpeskillingen. Emellertid är det klart att säljarens betalningsyrkande skall bifallas. Den hävandes oförmåga att återställa prestation medför att hävningsrättsföljden kan inhiberas, och detta oavsett om hävningen inneburit skyldighet att återställa mottagen prestation eller förlust av en rättighet grundad på avtalet.[8] Bakgrunden till regelns i 57 § ofullständighet i detta avseende är möjligen att man i en gemensam formulering velat täcka både detentionsrätten och rätten att definitivt förhindra inträdet av eller inhibera hävningsrättsföljden. Detentionsrätt förutsätter ju att *båda* parter är prestationsskyldiga.

Den följande framställningen är indelad i tre huvudavsnitt. Under I behandlas den rättsliga betydelsen av att *köparen förfogat över godset* så att detta icke kan återställas i väsentligen oförändrat skick. Under II behandlas rättsföljder anknutna till förändring i godset, när orsaken härtill är en *vådahändelse eller "godsets egen beskaffenhet"*. Under III slutligen, studeras vissa regler om hävning i utomskandinavisk rätt, när hävningsanledningen ej är ett kontraktsstridigt beteende.

6 Om detentionsrätten i hävningssituationen se ovan s. 80.
7 Se ovan 2 kap. II.
8 Almén, § 57 vid n. 23 ff.

I. Om hävning då köparen förfogat över godset

Den fråga som skall behandlas under I sönderfaller traditionellt i två huvudfrågor. För det första: När utgör köparens förfogande över godset *hinder för hävning?* och för det andra: Är köparen, när förfogandet icke utgör hinder för hävning, skyldig att utge ersättning för den värdeminskning i godset som inträtt till följd av hans förfogande? Den första frågan, som angår *förutsättningarna för hävning,* anses kunna lösas fristående från den andra frågan, som dock i själva verket rör *hävningspåföljdens utformning* i ett visst fall. Frågan om köparens förfogande över godset skall utgöra hinder för hävning behandlas utan att man beaktar vad som gäller om köparens ersättningsskyldighet, för det fall att förfogandet inte skulle utgöra hinder för hävning. Man undersöker alltså vilka omständigheter som utgör hinder för hävning utan att göra klart för sig hävningsrättsföljdens närmare innehåll. Ersättningsfrågan behandlas *efteråt,* och vid behandlingen av denna fråga utgår man från det resultat man kommit fram till i den första frågan, och de resultat man kommer fram till vid behandlingen av ersättningsspörsmålet medför icke någon omprövning av denna utgångspunkt.

Man kan ifrågasätta om detta är ett rationellt sätt att angripa problemkomplexet. *Problemets kärna är vilken av parterna, köparen eller säljaren, som skall bära den värdeförlust som uppkommit genom köparens förfogande över godset.* Frågan om förfogandet skall utgöra hinder för hävning och frågan om det bör medföra ersättningsskyldighet angår båda denna kärnfråga. Anser man att förlusten bör stanna på köparen, kan detta åstadkommas *antingen* genom att förfogandet utgör hinder för hävning *eller* genom att hävning visserligen tillåts, men kombineras med ersättningsskyldighet motsvarande värdeförlusten. Dessa båda lösningar utgör olika *metoder att uppnå i huvudsak samma ekonomiska resultat.*[1] Borde man då inte *först* ta ställning i kärnfrågan,

I

[1] Förutsatt att ersättningsskyldigheten avser värdet av mottaget gods, ej blott "den behållna vinsten", ligger skillnaden mellan de båda lösningarna främst i *sättet* att uppnå det önskade ekonomiska resultatet. Denna skillnad framträder då godset kan återställas, ehuru ej i oförändrat skick. Med avseende på *ekonomiskt resultat* uppkommer skillnad endast då godsets verkliga värde är lägre eller högre än köpeskillingen. Om det belopp som tillgodoförs säljaren utgörs av (viss

nämligen vem som skall bära förlusten och *därefter* diskutera metodvalet?

Till en början kommer jag emellertid att behandla frågan om när förfogandet utgör hinder för hävning samt frågan om när det medför ersättningsskyldighet och dennas omfattning, var och en för sig. Min utgångspunkt är köplagens bestämmelser i ämnet, och köplagen innehåller bestämmelser i den förra frågan, medan den senare lämnas öppen. Under A behandlas — med utgångspunkt från köplagens bestämmelser i ämnet — frågan, när köparens förfogande över godset utgör hinder för hävning, och under B behandlas ersättningsspörsmålet. Frågorna kan emellertid inte slutbehandlas var och en för sig. Under C sammanförs de och här diskuteras just *metodvalet* som en från lösningen av huvudspörsmålet (vem som skall bära förlusten) fristående fråga. Om det är klart att den värdeförlust som uppkommit genom köparens förfogande över godset skall bäras av denne själv, uppstår frågan om hur detta skall åstadkommas. Skall förfogandet medföra förlust av hävningsrätten eller ersättningsskyldighet eller kanske förlust av hävningsrätten endast beträffande den del av godset som köparen förfogat över?

A När utgör köparens förfogande hinder för hävning?

Framställningen under A är disponerad på följande sätt: Under 1 redogörs för köplagens bestämmelser i ämnet, och de tolkningsproblem som dessa bestämmelser ger upphov till skisseras. De tolkningsproblem som ej angår själva ansvarsfrågan utan endast metodvalet, främst innehållet i väsentlighetsregeln i 57 §, behandlas dock ej i detta avsnitt utan nedan under C. Under 2 ges en redogörelse för hur man i fransk, engelsk och tysk rätt löst motsvarande problem, och i detta samman-

del av) den överenskomna köpeskillingen, så innebär detta att avtalet upprätthålls (till viss del). Då köparens förfogande gör det omöjligt att återställa *någon* del av godset, kan rättsföljden hinder för hävning uppfattas som en skyldighet att utge värdeersättning med den överenskomna köpeskillingen som normerande för värdet. Jfr Rodhe, § 51 om skyldighet att utge "vederlagsersättning". Jfr också vad som ovan 1 kap. III A2 sagts om släktskapen mellan hävning och skadestånd då naturagäldenären inte kan fullgöra någon del av sin prestationsskyldighet. Här är det *hävningspåföljdens genomförande* som kan uppfattas som en skyldighet att utge ersättning med det överenskomna vederlaget som normerande för ersättningens storlek. Se vidare Bramsjö, s. 146 f., där det påpekas att hävning i kombination med ersättningsskyldighet kan leda till samma resultat som om avtalet fått bestå, samt nedan IC 1.

hang behandlas olika sätt att med utgångspunkt från vedertagna allmänobligationsrättsliga grundsatser begränsa hävningsrätten, när köparen förfogat över godset. Under 3 redogörs för hur man i skandinavisk doktrin motiverat regeln att köparens förfogande över godset i vissa fall utgör hinder för hävning — "skuldtanken" — och hur man med denna utgångspunkt löst de tolkningsproblem som 57, 58 §§ KöpL ger upphov till. Under 4 utvecklar jag en egen teori i ansvarsfrågan, som i huvudsak innebär att säljarens hävningsansvar bör vara begränsat till skador *orsakade av kontraktsbrottet* eller *sammanhängande med hävningspåföljdens genomförande*. Under 5 genomprövas och granskas resultatet av denna teori, tillämpad på olika typer av förfogande över godset. Under 6 diskuteras huruvida den förordade principlösningen av ansvarsfrågan är förenlig med köplagens text och motiv. Här behandlas också några domar som förefaller angå ansvarsfrågan. Under 7 undersöks om en så långt gående begränsning av hävningsrätten kommer i konflikt med köparens intresse av att på ett effektivt och smidigt sätt få full ekonomisk kompensation för kontraktsbrottet, och hur man, utan att tillgripa ersättningsmetoden, kan tänka sig att lösa denna intressekonflikt. Under 8 behandlas två speciella problem som uppkommer om man begränsar säljarens hävningsansvar till skador orsakade av kontraktsbrottet, nämligen adekvansproblemet och problemet med flera självständigt verkande skadeorsaker.

1 57 § skall läsas som en huvudregel, enligt vilken köparens oförmåga att återställa mottaget gods i väsentligen oförändrat skick utgör ett hinder för honom att häva köpet. I 58 § görs vissa undantag från denna huvudregel. Om 58 § är tillämplig skall hävningsrättsföljden inträda, oaktat godset icke finns i behåll i väsentligen oförändrat skick. Ur den hävande köparens synpunkt innebär detta att han inte är skyldig att utge den avtalade köpeskillingen och att han kan återkräva den, om den är betald, mot att han återlämnar godset till den del detta finns i behåll och i det skick det befinner sig. I vad mån han härutöver är skyldig att utge ersättning för värdet av gods som han mottagit men inte kan återställa, eller för värdeminskning i godset, är en fråga som köplagen lämnat öppen och som skall behandlas nedan under B.

57 och 58 §§ reglerar tillsammans samtliga fall av oförmåga att återställa mottagen prestation.[1] En riktig tolkning av 57 och 58 §§ ger

[1] Jfr däremot motsvarande bestämmelser i BGB, §§ 350 ff., där olika regler ges för olika grupper av fall, men där någon huvudregel icke uppställs. Det har ock-

alltså i princip ett fullständigt svar på frågan när oförmåga att återställa mottagen prestation utgör hinder för hävning. Frågan gäller hur gränsen mellan tillämpningsområdena för 57 och 58 §§ skall dras.

Enligt 58 § skall oförmåga att återställa prestation ej utgöra hinder för hävning, när den uppkommit "till följd av åtgärd, som för dess undersökande varit nödig, eller som eljest av köparen vidtagits, innan fel eller brist, på grund varav han vill häva köpet, märkts eller bort märkas". Vid tolkningen av 58 § i denna del uppkommer åtminstone två frågor. För det första: Avses med "annan åtgärd" *alla* typer av handlande från köparens sida, även t ex vidareförsäljning och konsumtion, eller avses blott vissa typer av handlande, till typ och effekt jämförbara med undersökningsåtgärder, och avses därmed även underlåtenhet att ta vård om godset och t o m aktivt vårdslös behandling av godset? För det andra: Enligt ordalydelsen i 58 § förutsätts att hävningsanledningen är *fel eller brist i godset* — ej dröjsmål — och väl också att kontraktsbrottet *vid tidpunkten för köparens åtgärd redan inträffat*. Almén antar att åtgärder med godset i god tro (med avseende på hävningsanledningen) är tänkbara endast vid fel eller brist.[2] Detta antagande kan emellertid inte vara riktigt. Vid dröjsmål avseende *hela* godset är kontraktsbrottet visserligen i regel uppenbart senast vid den tidpunkt då köparen kan förfoga över godset.[3] Dröjsmålet kan emellertid vara partiellt, d v s avse blott en del av godset, men ändock ge upphov till total hävningsrätt. Som exempel kan nämnas förhållandena vid successiv leverans. Om vid successiv leverans kontraktsbrottet inträffar

så någon gång hävdats — i ett avgörande av BGH 28.3.1952 (se JZ 52.528) — att BGB:s regler ej täcker samtliga fall av oförmåga att återbära mottagen prestation och att det alltså finns fall som varken hör hemma under Zufall i § 350 eller Verschulden i § 351 (och beträffande vilka ej heller § 352 eller § 353 är tillämplig). Denna tanke har dock avvisats, se Wolf, a.a. s. 130, 141, och man utgår från att tillämplighetsområdena för § 350 och § 351 gränsar intill varandra. Frågan är bara var gränsen går, alltså samma typ av tolkningsproblem som i köplagen där reglerna är uppbyggda som huvudregel och undantag.

[2] Almén, § 58 vid n. 44 f.

[3] Enligt 21 § KöpL är det tidpunkten för godsets avlämnande som är relevant för om ett dröjsmål föreligger. Man kan tänka sig fall där köpare mottar och förfogar över godset utan att vara medveten om att det för sent avsänts från avlämnandeorten. Konossementet är kanske feldaterat. Det är dock tvivelaktigt om enligt svensk rätt ett för sent avlämnande som ej medför någon motsvarande försening av godsets ankomst till bestämmelseorten utan vidare medför hävningsrätt. Se NJA 1924 s. 343; Frågan om när godset avlämnades ägnades, såvitt framgår av domskälen, föga uppmärksamhet. I stället betonades att det fartyg, med vilket godset försänts, *ankommit till bestämmelseorten* samma dag som det fartyg, med vilket godset borde ha försänts, och att köparen inte lidit någon skada genom det inträffade.

först efter det en eller flera poster levererats kontraktsenligt, omfattar hävningsrätten även dessa poster, om kontraktsbrottet är väsentligt med hänsyn till köpet i dess helhet och det skulle lända köparen till förfång att endast delvis vidbli köpet.[4] Om successiv leverans inte är avtalad men köparen frivilligt mottagit delprestation, förlorar han inte utan vidare rätten att häva även beträffande den mottagna delen för det fall att återstoden inte alls levereras eller ej levereras inom den tid köparen räknade med när han mottog delprestation.[5] I dessa situationer är det alltså tänkbart att hävningsanledningen är ett *dröjsmål* och att den inte ens inträffat vid tidpunkten för köparens förfogande över mottagen prestation. Har lagstiftaren liksom Almén helt enkelt förbisett denna situation? Frågan hur den skall bedömas måste i så fall anses olöst i köplagen. Eller har lagstiftaren, genom att ange att det skall vara fråga om fel eller brist i godset, velat begränsa tillämplighetsområdet för 58 § till de fall då köparens åtgärd avser just det gods som är behäftat med fel eller brist? I så fall är huvudregeln i 57 § tillämplig på förfogande över mottagen kontraktsenlig delprestation, d v s förfogandet utgör hinder för köparen att häva beträffande den del han förfogat över, oaktat det företagits innan det kontraktsbrott, varpå köparen stöder sitt hävningsyrkande, inträffat eller köparen haft anledning misstänka att det skulle komma att inträffa.

2 För att lösa dessa tolkningsspörsmål måste man företa en närmare granskning av de tankegångar som bär upp undantagsregeln i 58 §.

I olika rättssystem finner man numera en markerad tendens att utesluta eller begränsa hävningsrätten då köparen förfogat över godset. *Dock fasthålles nästan genomgående grunduppfattningen att borgenären i och med kontraktsbrottet förvärvar en rätt att bli försatt i samma situation som om något avtal aldrig ingåtts.* Att köparens förfogande ändock utgör hinder för hävning motiveras med att förfogandet enligt allmänna avtals- och obligationsrättsliga grundsatser bör medföra att hävningsrätten förverkas. Denna begränsning av hävningsrätten kan emellertid inte alltid grundas på en naturlig tolkning av de åberopade rättsgrundsatserna. Snarare har man intryck av att dessa rättsgrundsatser tänjts ut intill och utöver fiktionens gräns för att kunna åberopas som stöd för en begränsning av hävningsrätten, som *av andra skäl* ansetts erforderlig.

I fransk rätt har man begagnat sig av det avtalsrättsliga institu-

[4] Se ovan 3 kap. IA 2.
[5] Se ovan 3 kap. A 1 och 2.

tet renonciation. Borgenärens förfogande *tolkas* som uttryck för en handlingsinställning. Genom förfogandet ger han uttryck för att han avstår från sin hävningsrätt.[1] Inom doktrinen fasthålls att det är fråga om en konkret tolkning av borgenärens handlingsinställning, men samtidigt framhävs att sådant handlande från borgenärens sida som medför att situationen quo ante inte kan återställas i regel bör tolkas som ett avstående från hävningsrätten.[2] Man tycks inte fästa någon avgörande vikt vid om förfogandet ägt rum före eller efter det borgenären fått kännedom om hävningsanledningen. Även om förfogandet ägt rum före denna tidpunkt, tolkas det som ett avstående från hävningsrätten.[3] Fråga är då om den åberopade avtalsrättsliga grunden håller över regelns hela tillämpningsområde, och om inte i själva verket rättsföljden förlust av hävningsrätten, är direkt anknuten till effekten av borgenärens förfogande över den mottagna prestationen.[4]

Samma avtalsrättsliga tankegång, ehuru utformad i anslutning till tillitsgrundsatsen, spelar en viss roll i tysk doktrin. Förfogandet skulle

I. A. 2.

[1] Se t ex framställningen hos Lepeltier, s. 230—241, som gör anspråk på att avspegla den förhärskande uppfattningen. Jfr dock Planiol et Ripert VI (Esmein), nr 432, som endast beskriver den gällande regeln utan att dra in avtalsrättsliga grundsatser.

[2] Lepeltier, s. 238.

[3] Lepeltier, a.st., undviker att direkt ta upp frågan, men av framställningen i dess helhet och av de valda exemplen får man det intrycket att även sådant handlande från borgenärens sida som företagits, innan han fått vetskap om hävningsanledningen, kan utgöra renonciation. Se även Planiol et Ripert, a.st. (de rättsfall som åberopas avser dock nullitet och är rätt gamla, jfr Rabel I, § 29 2 d). Se även Planiol et Ripert X (Hamel), nr 172.

[4] Jfr den i modern fransk doktrin alltmer skeptiska inställningen till retroaktivitetsprincipen, då ett under en tid verksamt men sedermera upphävt avtal eller ett från början ogiltigt avtal, som dock av båda parter uppfattats som giltigt, hunnit skapa *en faktisk situation som inte låter sig neutraliseras.* Se Jambu-Merlin, a.a., Ripert et Boulanger, nr 687, 690, Colin et Capitant, nr 262. Av dessa skäl är man ense om att hävning vid contrats successifs ej har full retroaktiv effekt utan mer fungerar som en résiliation. Se Colin et Capitant, nr 249 f., Planiol et Ripert VI (Esmein), nr 452, Ripert et Boulanger, nr 80, 544. Rättsgrunden för retroaktivitetsprincipens åsidosättande vid contrats successifs är att totalhävning är en olämplig påföljd vid kontraktstyper där ett återställande av förhållandena quo ante ej är möjligt. Lika olämplig är ju totalhävning vid andra kontraktstyper då, när hävningsanledningen inträffar eller uppdagas, prestation redan skett och inte kan återställas. Vissa författare (Planiol et Ripert VI (Esmein), nr 433, Jambu-Merlin, a.a. p. 28, särskilt n. 3 och förf:s kritik av Capitants cause-teori, som är mycket belysande för hans egen ståndpunkt) hävdar också — åtminstone de lege ferenda — att den vid contrats successifs utbildade principen bör utvidgas till att omfatta samtliga fall där retroaktiviteten skulle komma att drabba "faits définitivement acquis".

kunna utgöra hinder för hävning endast om borgenären genom att förfoga över mottagen prestation ger gäldenären befogad anledning utgå från att han inte ämnar begagna sig av sin hävningsrätt.[5]

I modern skandinavisk doktrin torde däremot avtalsrättsliga grundsatser som förklaring till hävningsrättens förlust vid förfogande över mottagen prestation knappast spela någon roll. Visserligen är det allmänt erkänt att rättsföljder kan anknytas, ej blott till uttryckliga viljeförklaringar utan också till ett uppträdande som — i vart fall av motparten — kan uppfattas som uttryck för en viss viljeinställning. Det krävs emellertid stark bevisning för att en sådan viljeinställning verkligen existerat eller att motparten i vart fall haft anledning anta att den var förhanden. Dessa krav är inte uppfyllda i en del fall där köparens förfogande över godset otvivelaktigt medför förlust av hävningsrätten enligt 58 §. Mot den ovan återgivna tankegången i dess viljeteoretiska utformning kan invändas att den omständigheten, att den handlande i samtliga fall där tvist uppkommit fordrar att köpet skall hävas, närmast talar emot att han någonsin haft för avsikt att avstå från hävning. För att det verkligen skall anses utrett att köparen tidigare velat avstå från hävning, lär det fordras ytterligare bevisning (utöver själva förfogandet) eller att man kan peka på mellankommande omständigheter, som kan ha givit köparen anledning att frångå sin tidigare inställning. I sin tillitsteoretiska utformning kan tankegången anföras som stöd för förlusten av hävningsrätten endast där förfogandet kommit till säljarens kännedom *före hävningsförklaringen*. I regel får emellertid säljaren först i samband med hävningsförklaringen eller ännu senare veta att köparen förfogat över godset. Säljaren har då inte vid någon tidpunkt haft anledning att utgå från att köparen inte ämnade begagna sig av sin hävningsrätt, och förfogandet kan alltså inte med stöd av tillitsgrundsatsen utgöra hinder för hävning. Avtalsrättsliga teorier kan inte heller förklara varför köparens *vårdslösa* handhavande av godset medför förlust av hävningsrätten. Ett sådant beteende kan knappast, ens om det sker efter det köparen fått vetskap om hävningsanledningen, tolkas som ett frivilligt avstående från hävningsrätten och kan inte heller inge motparten några befogade förhoppningar i den vägen.

Avtalsrättsliga grundsatser kan alltså inte mer generellt åberopas som stöd för regeln att köparens förfogande över godset utgör hinder för hävning. Därmed är emellertid inte sagt att ett sådant förfogande ej *i vissa fall* måste tolkas som ett avstående från hävningsrätten.

[5] Se Mezger JZ 53, 68, 3 c. Wolf Kritisk, a.a. s. 133.

Om förfogandet skett under sådana omständigheter lär man inte kunna fordra att förfogandet, för att medföra förlust av hävningsrätten, skall ha lett till att godset icke kan återställas i väsentligen oförändrat skick. Om köparen — efter det han fått vetskap om hävningsanledningen — vidareförsäljer godset, bör väl detta i regel tolkas som ett avstående från hävningsrätten, även om han trots vidareförsäljningen kan återställa godset.[6]

Mer utbredd än den ovan berörda tankegången är uppfattningen att säljaren, redan i och med att hävningsrätt inträder för köparen, förvärvar något slags rätt i godset samt att köparens förfogande över godset läderar denna rätt och av den anledningen bör medföra förlust av hävningsrätten. Denna uppfattning förekommer i olika varianter.

Köparens hävningsrätt enligt SGA — hans rätt att definitivt avvisa, "reject", erbjudet gods — avskärs genom "acceptance" enligt SGA Sect. 11 (1) (c). Acceptance har väl ursprungligen ansetts innefatta ett verkligt godkännande av godset, men så småningom har man därunder fört in även andra omständigheter, som blott har det gemensamt att de avskär hävningsrätten.[6a] Begreppets innehåll anges i SGA Sect. 34 och 35. I Sect. 34 fastslås att någon acceptance *inte* föreligger förrän köparen haft tillfälle att undersöka godset. I Sect. 35 uppräknas omständigheter som medför förlust av hävningsrätten, däribland ett *förfogande över godset som är oförenligt med säljarens äganderätt till detta.*[7]

Då förlusten av hävningsrätten motiveras med att köparens förfogande läderat säljarens intresse i godset, uppkommer frågan om redan en objektiv intressekränkning är tillräcklig eller om man därutöver skall fordra *något slags skuld hos köparen.* Skuld förutsätter att köparen vid tidpunkten för förfogandet insåg eller bort inse, att han genom

[6] Se Winroth, Köp s. 308. Almén, § 57 vid n. 79, tycks däremot inte beakta att ett förfogande över godset, som icke har den i 57 § förutsatta effekten, av *andra grunder* kan utgöra hinder för hävning.

[6a] Om acceptance i angloamerikansk rätt, se Portin i Scand. Studies 1964 s. 214 ff.

[7] Enligt (de mycket svåröverskådliga) bestämmelserna i Sect. 16—19 SGA om "äganderättens övergång" har i vissa fall äganderätten redan övergått på köparen, när denne får tillfälle att förfoga över godset, och det är då svårt att se hur köparens förfogande kan komma i konflikt med någon säljarens äganderätt till detta. Denna formella motsägelse har lösts på följande sätt: Man antar att, om köparen bevarar sin hävningsrätt oaktat äganderätten övergått på honom, denna övergått endast *villkorligt*. Säljaren bevarar då ett visst *intresse* i godset, nämligen intresset att, för det fall äganderätten skulle återgå på honom, återfå detta i oförändrat skick. Se härom Atiyah, s. 196 f.

sitt förfogande kränkte ett säljarens intresse i godset. Säljarens intresse i godset uppkommer i och med kontraktsbrottet. Om köparens förfogande ägt rum innan han känt till eller ens bort känna till kontraktsbrottet, kan man inte klandra honom för hans handlande. Frågan är då om förfogandet ändock bör medföra rättsförlust för honom.

Denna fråga besvaras jakande. Acceptance enligt Sect. 35 förutsätter *inte* att köparen känner till de omständigheter som ger honom hävningsrätt.[8] Vid vidareförsäljning intog domstolarna tidigare en mot köparen synnerligen sträng ståndpunkt. Man antog att den i Sect. 34 uppställda förutsättningen för acceptance, att köparen haft tillfälle att undersöka godset, inte gällde, när acceptanceåtgärden utgjordes av ett sådant förfogande över godset som beskrivs i Sect. 35. I flera domar fastslogs att vidareförsäljning med leverans till andre köparen, innan förste köparen haft tillfälle att undersöka godset, avskar den senares hävningsrätt. 1967 förändrades emellertid rättsläget genom ett tillägg till Sect. 35, där det fastslås att acceptance enligt nämnda regel förutsätter att köparen haft tillfälle att undersöka godset.[9] Detta tillägg skall dock inte tolkas så att acceptance enligt Sect. 35 numera förutsätter att köparen känt till eller bort känna till hävningsanledningen. Om köparen haft tillfälle att undersöka godset, men inte upptäckt felet, är Sect. 35 tillämplig. Under alla förhållanden måste köparen vara i stånd att återställa godset.[1]

En motsvarande regel gäller vid successiv leverans när avtalet är "indivisible" d v s då man ej träffat överenskommelse om betalning särskilt för varje post. Kontraktsbrott rörande en post medför här i princip total hävningsrätt. Blotta mottagandet av kontraktsenligt levererad delprestation utgör dock inte någon "acceptance". Däremot blir köparen betalningsskyldig för de poster, vilka han under mellantiden förfogat över "as owner", samt för gods som han behåller *efter* den tidpunkt då godset enligt avtalet skulle vara slutlevererat.[2]

Bestämmelserna om acceptance i UCC § 2—606 är uppbyggda efter samma mönster som de engelska reglerna. Även i UCC talas om åtgärd

[8] Chitty, Specific Contracts (1968) nr 1481.

[9] Misrepresentation Act, Sect. 4 (2). Om rättsläget före ändringen, se Chitty, Specific Contracts (1961) nr 1488, 1490, Benjamin s. 756 f., Atiyah, s. 196 (kritisk) samt bland domarna särskilt E. & S. Ruben, Ltd. v. Faire Bros. & Co., Ltd., (1949) 1 K.B. 254, där köparen trots vidareförsäljningen kunde erbjuda godset till den ursprunglige säljaren.

[1] Chitty, Specific Contracts (1968) nr 1594, Atiyah and Treitel, Misrepresentation Act 1967 s. 386. Sistnämnda författare anser att reglerna, tillämpade i fall där godset kan återställas, fortfarande är för hårda mot köparen, se a.a. s. 386 f.

[2] Se ovan s. 171 n. 3 och s. 172 n. 5.

"inconsistent with the seller's ownership" (§ 2—606 (1) (c)). Enligt § 2—608 kan borgenären i vissa fall återkalla sin acceptance. "Revocation of Acceptance" måste emellertid ske före varje väsentlig förändring i godset, som inte beror på fel i detta (§ 2—608 (2)).

Samma problem har uppkommit vid tolkningen av begreppet "Verschulden" i BGB § 351. I BGB §§ 350—353 anges under vilka omständigheter oförmåga att återställa mottagen prestation utgör hinder för hävning. Om oförmågan beror av våda ("Zufall"), skall den enligt § 350 *ej* utgöra hinder mot hävning. § 351 är tillämplig där den för kontraktsbrott utsatte "verschuldet" att prestationen ej kan återställas oförändrad och oförmågan utgör då hinder mot hävning. I §§ 352 och 353 ges specialregler för vissa speciella och väl avgränsade fall. Enligt § 352 är hävning utesluten då vad som mottagits bearbetats till en annan sak. Denna regel modifieras dock avsevärt genom den särskilda bestämmelsen rörande Wandelung i § 467 andra punkten att sådan förändring ej utgör hinder för hävning då felet visat sig först vid bearbetningen. Vidareförsäljning utgör enligt § 353 hinder för hävning när den nye köparen på grund av sådana omständigheter som anges i §§ 351 och 352 ej kan återställa godset.

Vissa författare, som dock numera är i minoritet, har hävdat att begreppet "Verschulden" i § 351 förutsätter att borgenären har kännedom om hävningsanledningen.[3] Eljest föreligger icke det subjektiva rekvisit som är en nödvändig beståndsdel i begreppet. Inflytelserika författare har t o m sökt konstruera begreppet "Verschulden" som ett brott mot en existerande förpliktelse, nämligen förpliktelsen att vid hävning återbära mottagen prestation. Denna förpliktelse inträder visserligen först i och med att avtalet hävs, men om köparen känner till hävningsanledningen, strider ett förfogande över godset mot en "beforstehende Pflicht" att återställa godset till säljaren.[4] Denna tankegång är emellertid behäftad med en allvarlig brist. I de fall som avses *kommer hävningsrättsföljden aldrig att inträda.* Om köparens förfogande strider mot hans plikt att återlämna godset i oförändrat skick, utgör förfogandet nämligen hinder för hävning. Någon återbäringsskyldighet kommer då inte att inträda. Uppenbarligen kan ett handlande, som hindrar uppkomsten av förpliktelse, inte samtidigt utgöra ett brott mot denna förpliktelse.[5]

Under sådana förhållanden återstår av skuldtanken endast att

[3] Se hänvisningar hos Wolf, a.a. s. 130.
[4] Boehmer i JZ 1953.394.
[5] Wolf, a.a. s. 129 f.

förfogandet — då det företas med vetskap om hävningsanledningen, men eljest inte — kan uppfattas som klandervärt. Även i denna förtunnande utformning är emellertid skuldtanken ohållbar. Förfogandet *i och för sig* är inte klandervärt, även om det företas med vetskap om hävningsanledningen. Om köparen inte tänker utnyttja sin hävningsrätt står det ju honom fritt att förfoga över godset hur han vill. Att han senare ändrar uppfattning och fordrar att köpet skall hävas kan inte medföra någon omvärdering av hans tidigare handlande, som ju måste bedömas med hänsyn till hans inställning vid den tid då det företogs. Det förkastliga eller illojala i köparens handlingssätt ligger i stället i att han — oaktat han förfogat över godset — fordrar att köpet skall hävas.

Skuldtanken är numera i stort sett övergiven i tysk rätt. Köparens förfogande utgör enligt den förhärskande uppfattningen hinder för hävning, även då det företagits utan vetskap om hävningsanledningen och man således inte kan förebrå honom att han ej gjort vad man kunnat fordra av honom för att tillvarata något säljarens intresse i godset.[6] Över huvud vill man inte längre acceptera tanken att säljaren har något rättsligt intresse i godset innan hävningsrättsföljden inträtt, och att köparens förlust av hävningsrätten skulle kunna motiveras med att denne — med eller utan skuld — läderat något säljarens intresse. Den kritik som i första hand riktats mot skuldtanken drabbar ju även uppfattningen att förfogandet skulle utgöra något slags objektiv pliktförsummelse.

I stället vill man se § 351 som ett uttryck för principen om venire contra factum proprium.[7] Enligt denna har varje rättssubjekt ansvar för och blir bunden av sitt eget fria handlande och ett senare agerande, som strider mot ett sådant handlande, är otillåtet. Då hävningsrättsföljden innebär att mottagna prestationer skall återbäras, agerar tydligen den som genom eget handlande satt sig ur stånd att återbära mottagen prestation men ändock fordrar köpets hävande på ett sätt som är oförenligt med hans tidigare handlande. Hans talan bör därför inte bifallas. Enligt den förhärskande uppfattningen spelar det ingen roll om han vid tidpunkten för förfogandet känt till hävningsanledningen eller icke. Grundsatsen om venire contra factum proprium skulle inte lämna utrymme för ett sådant hänsynstagande.[8]

[6] Enneccerus-Lehmann, § 39 II 1 c, Soergel, § 351 Bem. 2, Larenz I. § 25 I c.
[7] Se Wolf, a.a. s. 135 ff., avsnittet om "Rechtfertigung der §§ 351--353 BGB aus dem Gedanken des venire contra factum proprium" samt hänvisningar i närmast föregående not.
[8] Se Wolf, a.a. s. 131, särskilt vid och i n. 176.

Mot grundsatsen om contra venire factum proprium, använd på detta sätt, kan invändas att den är så *vag och allmän*.[9] Visst kan det väl sägas — även för svensk rätts vidkommande — att varje rättssubjekt i princip bär ansvar för och blir bunden av sitt eget fria handlande. En rad rättsregler kan karaktäriseras som uttryck för en grundläggande princip med detta innehåll, och såtillvida kan alltså principen uppfattas som en accepterad grundsats även i vårt rättssystem. Däremot kan den inte användas som ett instrument att lösa en viss konkret rättsfråga. Använd som en förklaring till regeln att köparens förfogande över godset utgör hinder för hävning är den inte mer tillfredsställande än en hänvisning till tro och heder eller skälighet. Den köparen som inte kan återställa godset men ändock vill häva köpet, fordrar endast att återfå köpeskillingen eller bli befriad från skyldigheten att utge denna. Någon motsättning mellan förfogandet och hävningsyrkandet föreligger endast om man antar att det även i hävningssituationen finns ett avhängighetsförhållande mellan prestationerna. Men frågan är just om det förhåller sig så. Genom att hänvisa till grundsatsen om venire contra proprium factum sopar man bara problemet under mattan. I själva verket torde man — av skäl som inte öppet redovisas — förutsätta att det existerar ett sådant avhängighetsförhållande mellan prestationerna även i hävningssituationen, d v s att förfogandet bör utgöra hinder för hävning. Därefter hänger man upp den färdiga lösningen på principen om contra venire factum proprium, alltså samma tillvägagångssätt som används när förfogandet utan vidare antas utgöra ett frivilligt avstående från hävningsrätten.[1]

[9] Jfr Mezgers kritik av principen som alltför allmän och löslig, JZ 1953.68 3 c.

[1] Grundsatsen om venire contra factum proprium ger i själva verket inte någon tillfredsställande förklaring till det tyska regelsystemet. Med utgångspunkt från denna princip kan man inte förklara undantagsregeln i § 467 2 p., att godsets ombildande till annan sak ej utgör hinder för hävning, då felet uppdagas först i samband med de vidtagna åtgärderna. Tillämplighetsområdet för denna undantagsregel lär vara större än det som tillkommer den huvudregel, § 352, från vilken den utgör ett undantag. Wolf tar inte upp denna praktiskt så betydelsefulla undantagsregel i samband med frågan om vilken rättslig betydelse som tillläggs och bör tilläggas sådana åtgärder, som visserligen medför att mottagen prestation ej kan återställas i oförändrat skick men som ej kan betecknas som vårdslösa, se Wolf, a.a. s. 137. W. har från sin utgångspunkt svårt att finna någon rättsligt relevant skillnad mellan ett förfogande som, även om det inte utgör brott mot en förpliktelse att för annans räkning vårda godset, kan betecknas som vårdslöst och ett förfogande, som ej kan betecknas som vårdslöst. Se särskilt s. 138 n. 203, där W. dock markerar att han ej avsett att slutbehandla denna fråga. Enligt min uppfattning finns det en betydelsefull skillnad mellan dessa båda typer av förfoganden, se nedan under 5 b.

3 Almén har konsekvent accepterat skuldtanken och dess konsekvenser.[1] Doktrinen i övrigt tycks vara benägen att följa Almén. Någon kritik mot skuldtanken har i vart fall inte framkommit.[2] Skuldtanken har i skandinavisk doktrin utformats endast antydningsvis[3] men tycks innebära ungefär följande: Hävningsrätten inträder i och med kontraktsbrottet och innebär för köparen en rätt att bli försatt i samma ekonomiska situation som om avtalet icke ingåtts. Han kan fordra att få behålla köpeskillingen eller återkräva den, om den är betald. Han blir då visserligen också skyldig att återställa mottagen prestation, men *endast om och i den mån den finns i behåll.* Att hävningspåföljdens genomförande blir förlustbringande för säljaren kan i och för sig inte förminska köparens redan förvärvade rätt att genom en ensidig förklaring återfå rätten till köpeskillingen. Endast om köparen genom sitt förfogande *betett sig klandervärt eller illojalt gentemot sin motpart,* bör förfogandet medföra rättsförlust för honom. Vad man kan fordra av köparen är att han, *sedan han fått kännedom om kontraktsbrottet,* tillvaratar säljarens intressen genom att icke äventyra den i hävningsrättsföljden liggande förmånen för denne att återfå godset i oförändrat skick. Köparen skall för det första avhålla sig från aktiva åtgärder som

I. A. 3.

[1] Se Almén, § 58 vid n. 44. Det bör inte lända köparen "till men" att han, innan han uppdagat hävningsanledningen, "behandlar godset, såsom sitt, varemot det kan fordras av den köpare . . .". Samma tankegång anför Almén som stöd för regeln om prisfaran i 58 §, se nedan s. 317 vid n. 6.

[2] Bramsjö, s. 153 f., s. 156 tycks utan vidare godta Alméns uppfattning. Hellner, Köprätt 19.2, och Ussing, Køb § 18 I B 1, uttalar sig försiktigt och väljer icke kontroversiella exempel. Gaardner, s. 106, antar dock att 58 § inte är tillämplig, om förändringen i godset uppgommit genom "en *i seg selv* usedvanlig eller uforsvarlig behandling" (min understrykning).

[3] Hos Almén finns just inte mer än i nästföregående not anförda uttalande. Karlgren har utförligt utvecklat *utgångspunkten* för skuldtanken, nämligen att köparen redan i och med kontraktsbrottet förvärvar en rätt till köpeskillingen, och att rättsföljden hinder för hävning följaktligen innebär att köparen gör en rättsförlust, se nedan s. 317. Det specifika innehållet i skuldtanken (jämförd med teorier om något slags objektiv intressekränkning, contra venire factum proprium-tanken o s v, jfr ovan under 2) har Karlgren berört i sina studier över innehållet i 8 § Avtalslagen, se Karlgren, Studier s. 112 f. n. 243. Det talas här om den "subjektiva betingelse" som måste vara förhanden för att köparens förfogande över godset skall medföra förlust av hävningsrätten. Med denna subjektiva betingelse avses kunskap om hävningsanledningen. Det är frånvaron av denna subjektiva betingelse som motiverar bestämmelsen i 58 § att hävningsrätt föreligger, oaktat köparen förfogat över godset, om blott detta förfogande ägt rum innan fel eller brist märkts eller bort märkas. "Före denna tidpunkt har ju köparen fog för att utan vidare behandla godset som sin egen tillhörighet, varmed grunden för den omtalade ansvarigheten bortfaller."

(i vart fall ur säljarens synpunkt) minskar godsets värde, och är vidare jämlikt 55 § KöpL skyldig att för säljarens räkning ta vård om godset. *Innan köparen fått vetskap om hävningsanledningen,* kan man däremot inte ställa några som helst krav på honom med avseende på hans handhavande av godset. Följaktligen bör i detta skede aktiva åtgärder med godset eller underlåtenhet att ta vård om detta ej medföra någon rättsförlust för köparen. Begreppet "annan åtgärd" i 58 § skall tolkas såsom omfattande *alla* former av godsets handhavande, också regelrätt konsumtion och vårdslös hantering av godset.[4] Möjligen skall emellertid vidareförsäljning av godset behandlas något annorlunda.[5]

Doktrinen har inte beaktat fallet att köparens förfogande avser kontraktsenligt levererad delprestation. Tillämpning av skuldtanken leder till att sådant förfogande *ej* kan förminska den totala hävningsrätt som, enligt förfångsregeln vid successiv leverans eller väsentlighetsregeln, då successiv leverans icke är avtalad, tillkommer köparen vid ett senare inträffat kontraktsbrott.

Avgörande för vilken rättslig betydelse som skall tilläggas köparens förfogande över godset är enligt 58 § den tidpunkt då felet eller bristen *"märkts eller bort märkas"*. I litteraturen antyds att denna tidpunkt, fastställd på sedvanligt sätt, inte alltid är relevant. *Dels* skulle man kunna fordra av den köpare som genast vill förfoga över godset att han omgående företar undersökning av detta. Undersökningsplikten skulle alltså inträda tidigare än eljest.[6] *Dels* skulle det räcka med att köparen haft anledning *misstänka* att fel eller brist kunde komma att yppas.[7] Genom denna modifiering av regelns innehåll mildras i någon mån doktrinens gentemot säljaren synnerligen stränga tolkning av 58 §. Möjligen kan denna modifiering av regelns innehåll få en mer omfattande betydelse då köparen förfogat över delleverans och sedan, när det visar sig att återstoden inte levereras kontraktsenligt, vill häva hela köpet. Om successiv leverans inte är avtalad, kan det ifrågasättas om inte redan den omständigheten att allt godset icke såsom överenskommits levererats i ett sammanhang, bör ge köparen anledning att misstänka eller i vart fall reflektera över möjligheten att återstoden icke kommer att levereras. Man skulle då kunna fordra att han tänker över

[4] Om brukande och begagnande se Almén, § 58 vid n. 63 och om vårdslöst handhavande av godset n. 44.
[5] Se nedan under 5 d.
[6] Almén, § 58 vid n. 75 f. Se också U 1929.88 H, NRt 1935 s. 282, 1943 s. 428.
[7] Almén, § 58 n. 44.

om han då skall häva även beträffande den mottagna delleveransen och handskas så med det mottagna godset att säljaren inte vid en eventuell totalhävning åsamkas onödiga skador. Om däremot successiv leverans är avtalad kan man inte ställa några dylika krav på köparen.

4 Vissa brister hos skuldtanken har ovan påvisats.[1] Det verkligt dubiösa i hela tankegången är emellertid själva *utgångspunkten* att köparen i och med kontraktsbrottet förvärvar en rätt att bli försatt i situationen quo ante (avtalet) och att hans rätt till köpeskillingen således ej behöver vara beroende av hans egen förmåga att återställa godset. Detta är den gemensamma utgångspunkten för de olika metoder att angripa problemet som behandlats i det föregående. Oförmåga att återbära prestation som hinder för hävning anses innebära att köparen förlorar en redan förvärvad rätt, och en sådan rättsförlust är motiverad endast om den kan grundas på någon allmän regel om när förvärvade rättigheter går förlorade.

Det är denna utgångspunkt som måste sättas ifråga. Det kan inte utan vidare antas att den rätt till köpeskillingen som köparen förvärvar i och med kontraktsbrottet är oavhängig av hans egen förmåga att återställa vad han mottagit. Frågan om vilken rättslig betydelse som skall tilläggas köparens förfogande över mottagen prestation bör ses som en fråga om hävningsrättens *ursprungliga innehåll,* och inte om vilka "rättsförluster" som är anknutna till förfogandet.

Frågan om hävningsrättens innehåll i detta avseende skall lösas med utgångspunkt från hävningspåföljdens *avsedda funktion, som är att ge borgenären kompensation för skada som uppkommit till följd av kontraktsbrottet* och inte att återställa borgenärens situation som om avtalet aldrig ingåtts. Hävningspåföljden — liksom andra till kontraktsbrottet anknutna rättsföljder — är s a s inriktad inte på avtalets utan på kontraktsbrottets följder.[2]

Skadeståndsansvaret i såväl inom- som utomobligatoriska förhållanden är begränsat till sådana skador som *orsakats* av det ansvarsgrundande beteendet. Det orsaksbegrepp man använder sig av är den bekanta från Stuart Mill hämtade sine qua non-principen. A är orsak till B om och endast om A utgjort ett *nödvändigt element* i det händelseförlopp som lett fram till B. Detta orsaksbegrepp fasthålls — utom i vis-

I. A. 4.

[1] Se ovan s. 251 f. om kritiken av skuldtanken i tysk doktrin.

[2] Jfr ovan s. 234 f.

sa särpräglade situationer som skall tas upp i det följande — inom skadeståndsrätten som en *minimiförutsättning* för skadeståndsansvar.[3]

Frågan är om inte denna princip är av så grundläggande betydelse att den måste antas gälla även säljarens *hävningsansvar* för kontraktsbrottet. Med säljares hävningsansvar avses det förhållandet att en värdeförlust i godset, om och i den utsträckning godsets värde härigenom blir lägre än den överenskomna köpeskillingen, genom hävningspåföljden överförs på säljaren. Skall detta hävningsansvar verkligen omfatta även förluster som ej har något orsakssamband med kontraktsbrottet utan uppkommit uteslutande genom köparens förfogande över godset? Ingen vill väl göra gällande att en skada som uppkommit på detta sätt kan utgöra *hävningsanledning*. Men anhängare av skuldtanken hävdar, att så snart en hävningsanledning föreligger, så skall hävningsansvaret utan vidare utvidgas till att omfatta även sådan skada.[4] Hävningspåföljden kan nämligen inte, såsom t ex skadeståndspåföljden, anpassas så att den täcker endast viss skada. Om hävningspåföljden inträder överförs på säljaren all värdeförlust i godset, oavsett hur den uppkommit.

Mot detta vill jag hävda, att om hävningspåföljdens genomförande i visst fall leder till att säljaren får bära förluster som skulle ha inträffat även om godset varit kontraktsenligt, så är detta en effekt som inte motiveras av hävningspåföljdens ändamål och som måste medföra en omprövning av hävningspåföljdens tillåtlighet. Lagstiftaren tolererar visserligen att köparen övervältrar på säljaren viss typ av förlust, nämligen prisförlust. Man har väl räknat med att denna bieffekt i flertalet fall är så obetydlig, att den uppvägs av vissa fördelar hos hävningspåföljden jämförd med andra påföljder. Härmed är emellertid inte sagt att man också bör tolerera en överföring av förluster som uppkommit (uteslutande) till följd av köparens förfogande över godset. Det kan här vara fråga om förluster som uppgår till godsets hela värde. En så massiv bieffekt hos hävningspåföljden kan enligt min mening tolereras endast om det är nödvändigt för att tillgodose köparens intresse av att

[3] Om orsaksbegreppet inom skadeståndsrätten, se Karlgren, Skadeståndsrätt s. 33 ff. (med litteraturhänvisningar), Rodhe, § 28 och Ulf Perssons monografi Skada och Värde.

[4] D v s, det talas aldrig om säljarens hävningsansvar, endast om köparens ansvar. Att man begränsar köparens ansvar innebär emellertid en motsvarande utvidgning av säljarens ansvar. Emellertid betraktar man alltid ansvarsfrågan uteslutande ur köparens synvinkel, och man bekymrar sig inte om huruvida det ansvar som därvid kommer att åvila säljaren är i överensstämmelse med eljest accepterade regler om ansvar för skada i kontraktsförhållanden, se närmare nedan s. 259 f.

få kompensation för den förlust som kontraktsbrottet vållat honom. Inom doktrinen har hävdats att andra tillgängliga påföljder, skadestånd och prisreduktion, i vissa fall ej ger köparen full kompensation för kontraktsbrottet. Av två onda ting skulle man, när man ej låter förfogandet utgöra hinder för hävning, välja det minst onda. Detta speciella argument för att tillåta hävning skall undersökas nedan under 7.

I princip måste man emellertid hävda att köparen själv skall bära de förluster som uppkommit uteslutande genom hans eget förfogande. Detta kan åstadkommas *antingen* genom att förfogandet utgör hinder för hävning och köparen hänvisas till andra påföljder *eller* genom att hävningspåföljden kombineras med ersättningsskyldighet. Om vi antar att den förra metoden skall användas — metodvalsfrågan skall studeras nedan under C — skall förfogandet utgöra hinder för hävning där förlusten uppkommit uteslutande genom köparens förfogande över godset.

Inom skadeståndsrätten har man utbildat en viss teknik för fastställandet av om och i vilken utsträckning skada orsakats av viss ifrågasatt ansvarsgrundande omständighet.[5] Man anställer en jämförelse mellan det händelseförlopp som faktiskt ägt rum och ett hypotetiskt händelseförlopp, som icke innesluter den ifrågasatt ansvarsgrundande omständigheten men i övrigt är identiskt med det händelseförlopp som faktiskt utspelat sig. Om och i den utsträckning detta hypotetiska händelseförlopp ger ett bättre ekonomiskt resultat än det händelseförlopp som faktiskt utspelat sig, antas skadan ha uppkommit genom den ifrågasatt ansvarsgrundande faktorn. Denna teknik kan inte alltid användas, i vart fall inte utan modifikationer. Vissa problem sammanhängande med denna teknik och med det använda orsaksbegreppet över huvud skall tas upp i det följande.[6]

Den inom skadeståndsrätten utbildade tekniken kan och bör användas även då det är fråga om säljarens hävningsansvar för kontraktsbrottet. Alltså skall man genom att jämföra ett hypotetiskt händelseförlopp, som ej innefattar kontraktsbrottet, med det händelseförlopp som faktiskt utspelat sig, undersöka om kontraktsbrottet medfört någon skada utöver den som utgör hävningsanledningen. Det uppkonstruerade hypotetiska händelseförloppet skall också innefatta köparens förfogande över godset. Sine qua non-principen innebär inte att den ansvarsgrundande faktorn *ensam* skall ha orsakat skadan. Orsakssamband föreligger även om en rad andra omständigheter — inklusive den skadeli-

[5] Se Rodhe, § 44 A 1 a, och Persson, Skada och värde s. 16 ff. om skada som en differens mellan två händelseförlopp.
[6] Se nedan under 8.

dandes egen medverkan — varit nödvändiga för skadans uppkomst. I de fall som det här är fråga om förutsätts ju köparen ha lämnat nödvändig medverkan i det skadebringande händelseförloppet.

Vad som *primärt* skall fastställas är emellertid inte köparens ansvar för skada, som uppkommit till följd av hans förfogande över godset, utan säljarens ansvar för kontraktsbrottets följder. Köparens ansvar är att hänföra till sådant ansvar för skada som drabbar varje skadelidande, såvida inte skadan uppkommit genom utomståendes ansvarsgrundande handling (eller omständighet för vilken utomstående "bär faran"). Omfattningen av detta ansvar kan bestämmas endast som *"vad som blir över"*, då säljarens ansvar för kontraktsbrottet, inkluderande ansvar för skada som uppkommit i nödvändig samverkan mellan kontraktsbrottet och köparens förfogande, dragits ifrån. Köparens ansvar för skada som uppkommit genom hans förfogande kan utkrävas på olika sätt — genom att han förlorar hävningsrätten eller genom att han tillåts häva endast mot erläggande av ersättning för skadan. Ansvaret är inte — såsom säljarens hävningsansvar — ett ansvar som åvilar honom gentemot ett annat rättssubjekt som omedelbart drabbats av skadan. Den skada som uppkommer genom förfogandet drabbar, så länge köpet inte är hävt, köparen själv och ansvaret innebär endast att skadan stannar på honom och inte kan överföras till säljaren. Motsvarande gäller, såsom närmare skall utredas i det följande, köparens *ersättningsansvar* för skada som uppkommit genom hans förfogande över godset *före* en verksam hävningsförklaring. Härav följer att köparens ansvar inte kan vara begränsat av något krav på skuld eller dylikt utan *endast* av det ansvar för den uppkomna skadan som kan åvila säljaren.

Det grundläggande felet i behandlingen av det ansvarsproblem som uppkommer då en hävningsberättigad köpare förfogat över mottaget gods, ligger i att man *börjar med* att fastställa köparens ansvar för förfogandet enligt de regler som gäller utomståendes ansvar för skada som omedelbart drabbar annan, *och sedan låter säljaren bära återstoden av ansvaret.* Man kommer till mycket egendomliga resultat, och åtminstone i utomskandinavisk rätt har man känt sig tvingad att undvika dessa resultat. De metoder som därvid kommit till användning avslöjar att ansvarsfrågan från början formulerats oriktigt. Detta grundläggande fel sammanhänger väl främst med att konstruktionen om avtalets retroaktiva upplösning mer eller mindre behandlats som en realitet, men möjligen också med det förhållandet att köparens ansvar, ehuru det avser en skada som i första hand drabbar honom själv, innebär att *viss rättsföljd inträder,* nämligen att hävningsrätten går förlorad (en

förändring av den rättsliga situationen som är att betrakta som en rättsföljd anknuten till förfogandet) eller att ersättningsskyldighet uppkommer. Den skadelidandes ansvar brukar eljest innebära att någon rättsföljd t ex ersättningsskyldighet för utomstående, *icke inträder*. Att det förhåller sig annorlunda i det föreliggande fallet sammanhänger med att själva hävningspåföljden icke kan anpassas så att den täcker endast viss skada. Köparens ersättningsskyldighet skall emellertid inte betraktas som någonting fristående från hävningspåföljden utan som *ett korrektiv till hävningspåföljden eller som ett i hävningspåföljden ingående element*.

Beträffande hävningspåföljden uppkommer vidare ett problem som icke har någon motsvarighet inom skadeståndsrätten, nämligen vem som skall bära de kostnader, risker och skador som uppkommer *genom hävningspåföljdens genomförande*. Det är inget tvivel om att dessa kostnader och risker skall bäras av den kontraktsbrytande parten. Detsamma måste även gälla en speciell typ av skada, som i vissa fall uppkommer vid hävningspåföljdens genomförande, nämligen då köparen vidtagit ändringar i godset för att bättre anpassa det till sina egna behov. Dessa ändringsåtgärder kan, då godset i och med hävningspåföljdens genomförande hamnar hos säljaren, medföra en värdeminskning.[7] Denna skada skall bäras av säljaren. Den har visserligen inte något direkt orsakssamband med kontraktsbrottet, men väl med hävningspåföljdens genomförande. Att skadan också har orsakssamband med köparens förfogande över godset upphäver inte säljarens ansvar.

5 De ovan utvecklade principerna och tekniken för fastställandet av omfattningen av säljarens hävningsansvar skall nu prövas vid olika typer av köparens förfogande över mottaget gods.

a Ett viktigt fall är att köparen företagit *"nödiga undersökningsåtgärder"* eller åtgärder genom vilka godset *förbereds eller anpassas* till den av honom planerade användningen.

Man kan förutsätta att köparen i regel företar undersökningen av godset på sådant sätt att detta — i vart fall icke för honom själv — förlorar i värde utan att ge något motsvarande ekonomiskt utbyte. Om godset just på grund av sin felaktiga beskaffenhet inte tål den hantering som en normal undersökning innebär och förstörs helt eller delvis, är värdeförlusten en följd av kontraktsbrottet och skall bäras av säljaren.

Åtgärder genom vilka godset *förbereds eller anpassas* till planerad

[7] Se närmare nedan under 5 a.

användning leder normalt inte heller till några värdeförluster, utan tvärtom ökar godsets värde för köparen. Dock kan sådana förberedande åtgärder, liksom undersökningsåtgärder, *just på grund av godsets icke kontraktsenliga beskaffenhet* ha en värdeförstörande effekt, och i dessa fall skall naturligtvis förlusten bäras av säljaren.

Sådana förberedande åtgärder kan emellertid ge upphov till en speciell problematik, nämligen om de är anpassade till köparens individuella behov på ett sådant sätt att de visserligen höjer godsets värde för honom *men samtidigt minskar godsets marknadsvärde.* Köpare av en klänning företar sådana ändringar att den kommer att passa hennes något extrema figur, och upptäcker sedan vid första tvätt att tyget icke, såsom utlovats, är färgäkta. Rättsvetenskapsmannen gör anteckningar i marginalen (oläsliga för andra) i det inköpta rättsvetenskapliga arbetet och upptäcker, när han kommer till slutet av boken, att det fattas några sidor. Denna för köparen värdehöjande[1] men för andra värdeminskande effekt inträder oberoende av om godset är kontraktsenligt eller icke. Värdeminskningen är alltså inte en följd av kontraktsbrottet. Emellertid är det inte heller så, att köparen som häver i dessa fall på säljaren övervältrar en förlust som uppkommit uteslutande genom hans egna åtgärder. Förlusten uppkommer inte genom de förberedande åtgärderna *i och för sig* utan först genom att hävningspåföljden genomförs och godset hamnar hos den av kontrahenterna som inte kan tillgodogöra sig det värde som skapats genom de förberedande åtgärderna.

Emellertid innebär hävningspåföljden i dessa fall ett slöseri med skapade värden, eftersom godset icke stannar hos den som kan tillgodogöra sig värdet, och drabbar säljaren, som får bära hela förlusten, orimligt hårt jämfört med andra påföljder. *Av denna grund* skulle man kunna tänka sig en mer restriktiv inställning till hävningspåföljden i de nu behandlade fallen.

Samma effekt har hävningspåföljden vid *beställningsköp*, där utförandet sker i anslutning till köparens individuella behov. Skillnaden är endast att det vid beställningsköpen är *säljaren* som utför de förbe-

[1] Godsets värde i köparens hand skall mätas enligt en metod som ansluter sig till hans planerade användning av godset. Försäljningsmetoden är utesluten, om godset i köparens hand inte är något försäljningsobjekt. Saluvärdet får användas som ett mått på värdet endast då det är ekvivalent med godsets funktion, se Persson, a.a. kap. 8, särskilt s. 446 vid n. 3 och s. 448 vid n. 14. Se även a.a. s. 507 f., att hänsyn ej skall tas till godsets alternativa funktion som försäljningsobjekt då försäljningsvärdet är lägre än bruksvärdet. — Godsets värde i *säljarens* hand utgörs däremot av (det lägre) försäljningspriset.

redande åtgärderna. Inom doktrinen ifrågasätts om köplagens regler, tänkta för köp av färdiga varor, utan modifikationer kan tillämpas på beställningsköp. Bl a antyds att man bör vara mer restriktiv ifråga om att tillåta hävning.[2] Detsamma bör då gälla där det är köparen som vidtagit de till hans individuella behov anpassade förberedande åtgärderna. Det kan visserligen inte vara fråga om att helt utesluta hävningspåföljden, men man kan tänka sig att *modifiera* innehållet i den centrala regeln om påföljdsvalet, alltså väsentlighetsregeln. Då denna möjlighet kan övervägas också i andra situationer, skall den närmare undersökas i ett följande sammanhang.[3]

b En annan typ av förfogande utgörs av *vårdslöst handhavande* av godset, härunder inbegripet både aktiva förstörande åtgärder och underlåtenhet att vidta bevarande åtgärder.

Enligt Almén skall sådant vårdslöst handhavande av godset utgöra hinder för hävning endast då det har karaktären av en *pliktförsummelse* gentemot säljaren. Enligt 55 § är köpare, som vill avvisa mottaget gods, "pliktig" att ta vård om det för säljarens räkning. *När* denna vårdnadsplikt inträder anges inte i lagen. Enligt Almén inträder den inte förrän köparen *fått kännedom om hävningsanledningen*. Dessförinnan handskas han med sitt eget gods och man har inga plikter gentemot sig själv.[4] Mot detta resonemang, som ju bara är ett utförande av skuldtanken, kan invändas att köparen inte heller efter det han fått kännedom om hävningsanledningen är pliktig att för säljarens räkning ta hand om godset i den betydelsen att säljaren kan framtvinga eller ens fordra att köparen vårdar godset. Till dess köparen *utövat* sin hävningsrätt kan han handskas med godset efter eget gottfinnande. Att köparen är "pliktig" att ta vård om godset betyder endast att för honom ogynnsamma rättsföljder inträder, om han underlåter att vårda godset och detta till följd härav ej kan återställas i oförändrat skick. Frågan om dessa ogynnsamma rättsföljder skall inträda, även om förfogandet skett före vetskap om hävningsanledningen, har ingenting att göra med några köparens förpliktelser gentemot säljaren.

[2] Almén, § 2 vid n. 2—5, Hellner, Köprätt 2.2. Se också NRt 1922 s. 308 (SvJT 1922 Rf s. 84), där HøyR uttalade att bestämmelsen i 21 § köplagen om rätt för köparen att vid varje dröjsmål häva köpet ej var tillämplig vid beställningsköp av en specialtillverkad maskin. Samma linje följdes i U 1951.1115. Jfr BGB §§ 633, 634.

[3] Se nedan under 7.

[4] Almén, § 58 vid och i n. 44.

Enligt den metod som jag vill rekommendera, bör man i sådana fall som de nu behandlade tänka sig ett hypotetiskt händelseförlopp, i vilket godset varit kontraktsenligt, och undersöka om köparens handhavande av godset även då skulle ha lett till dess förstörelse eller försämring. Om så är fallet är förlusten icke en följd av kontraktsbrottet och får inte övervältras på säljaren. Om däremot köparens handhavande av godset endast på grund av felet däri medfört värdeförlust, skall denna bäras av säljaren. Detta leder till att sådant förfogande över godset som kan betecknas som "vårdslöst" (och som medför att godset icke kan återställas i oförändrat skick) i regel utgör hinder för hävning, och omvänt, att icke "vårdslösa" åtgärder med samma effekt icke utgör hinder för hävning. Det måste emellertid observeras att begreppet "vårdslöst" här inte får bestämmas genom att köparens handhavande av godset sätts i relation till någon på visst sätt begränsad vårdnadsplikt.[5] Någon vårdnadsplikt gentemot säljaren existerar inte förrän hävningsrättsföljden inträtt. Dessförinnan innebär ett vårdslöst handhavande av godset att köparen icke tillvaratar *egna* intressen i godset, något som dock är ansvarsgrundande för honom. Detta innebär bl a att om godset, även i kontraktsenligt skick, är av mycket ömtålig beskaffenhet och fordrar vittgående och betungande vårdnadsåtgärder, köparens underlåtenhet att vidta sådana åtgärder medför förlust av hävningsrätten. Först efter det hävningsrättsföljden inträtt och köparen omhändertar godset för säljarens räkning, kan det vara tal om att begränsa omfånget av de värdebevarande åtgärder köparen måste vidta vid äventyr att han annars inte kan göra hävningsrättsföljden gällande.

c *Konsumtion av godset* eller annan användning av godset, *varigenom en del av dettas värde förbrukas,* skall enligt den här hävdade principen i regel utgöra hinder för hävning. Om konsumtionen eller användningen av godset ger köparen ett utbyte motsvarande godsets värde (i felaktigt skick), uppkommer genom förfogandet över huvud icke någon förlust. Förlust uppkommer endast då godset förbrukas utan att ge något utbyte motsvarande dess potentiella möjligheter. Detta gäller även om utbytet endast består i en snabbt övergående behovstillfredsställelse, som inte kvarlämnar någon förmögenhetsökning. Om köparen avsett att konsumera godset på detta sätt har han ingenting att beklaga sig över.

[5] Se 34 § KöpL om det fall att "säljaren ej utan väsentlig kostnad eller olägenhet" kan vårda godset. Denna begränsning i vårdnadsplikten gäller, enligt hänvisning i 55 §, även köparens vårdnadsplikt vid köpets hävande.

Om däremot godset förbrukas utan att ge något utbyte motsvarande värdet, uppkommer genom förfogandet en förlust. Endast om förlusten beror på kontraktsbrottet skall den bäras av säljaren. Man undersöker alltså om förfogandet skulle ha medfört förlust, även om godset varit kontraktsenligt. Om så skulle ha varit fallet, beror detta på att det i köparens konsumtion eller användning av godset ingår ett moment av vårdslöshet eller i vart fall ekonomiskt oförstånd. Härigenom uppkommen förlust får inte övervältras på säljaren.

Emellertid kan köparens användning av godset, med utgångspunkt från vad han har rätt att förutsätta angående dettas beskaffenhet, vara omsorgsfull och ekonomiskt förnuftig men ändock medföra värdeförlust. Här avses fall där bortfallet av utbytet beror på att konsumtionen eller begagnandet *med hänsyn till godsets ej kontraktsenliga beskaffenhet varit inadekvat* och därför icke givit något utbyte eller endast ringa utbyte, medan samma åtgärder, om godset varit kontraktsenligt, skulle ha givit fullt utbyte. Till denna grupp av fall hör ett i köplagens förarbeten antytt och av Almén närmare beskrivet fall, att en köpare, som beställer vårråg men får höstråg, genom att använda höstrågen som vårråg förbrukar godsets värde utan att få något motsvarande utbyte.[6] Utmärkande för sådana fall är att godset är odugligt för det avsedda ändamålet men dock ej utan värde vid annan användning, samt att köparen utan att märka felet använder godset för det avsedda ändamålet och därvid förbrukar dess värde utan att få något motsvarande utbyte. Den förlust som härvid uppkommer har orsakssamband med kontraktsbrottet och skall bäras av säljaren. Förfogandet skall alltså ej utgöra hinder för hävning.

En kort tids användning av vissa konsumtions- och kapitalvaror, inköpta i "fabriksnytt" skick, medför en mycket betydande minskning av saluvärdet. Det gäller för konsumenten ytterligt betydelsefulla varor. Ett använt klädesplagg eller en använd möbel saknar praktiskt taget saluvärde. En kort tids användning av en fabriksny bil medför en oproportionerligt stor minskning av andrahandsvärdet. Innebär nu principen att säljarens ansvar bör vara begränsat till skador orsakade av kontraktsbrottet eller sammanhängande med hävningens genomförande, att konsumenten i dessa fall inte kan häva, då han upptäcker felet först efter viss tids användning? Så är inte fallet. Värdeminskningen bör

[6] Almén, § 58 vid n. 58, jfr NJA 1906 II N:r 1 s. 100. Se också det instruktiva U. 1912.857 om köp av knivar av härdat stål, vilka skulle anbringas på maskiner. Knivarna var ej av härdat stål, och när de togs i bruk blev de fördärvade. Ej hinder för hävning.

nämligen betraktas som en förlust sammanhängande med hävningens genomförande. Då man undersöker i vad mån köparens användning av godset medfört förlust, skall man nämligen inte ta hänsyn till saluvärdet, utan till *bruksvärdet för denne*.[7] En kort tids användning minskar inte den fabriksnya bilens bruksvärde för köparen lika mycket som dess saluvärde. Minskningen i bruksvärdet bör köparen i princip svara för, men minskningen i saluvärdet blir relevant först vid hävningspåföljdens genomförande och skall bäras av säljaren.

d En särskild typ av förfogande, som kan göra ett återställande omöjligt, består av *vidareförsäljning av det köpta godset*, då den andre köparen å sin sida inte vill eller kan återställa godset. Doktrinens uppfattning om den rättsliga betydelsen av sådana förfoganden står inte i överensstämmelse med den eljest accepterade grundtanken att köparens rättsställning ej bör försämras genom ett förfogande, som sker innan han fått kännedom om hävningsanledningen. Det anses tydligen tveksamt om 58 § är direkt tillämplig även på *rättsliga* åtgärder med godset såsom t ex en vidareförsäljning av detta.[8] Almén hävdar dock att samma grundsatser som vid faktiskt förfogande bör gälla. Detta skulle enligt Almén själv innebära följande: Om den andre köparen, oaktat han inte kan återställa godset, bevarat sin hävningsrätt och vill utöva den, så har även den förste köparen hävningsrätt gentemot sin säljare. Om däremot den andre köparen inte kan eller vill häva, går också den förste köparen förlustig sin hävningsrätt. Almén kan inte se något skäl varför en tredje mans (den andre köparen) vägran att återställa godset inte skulle ha samma verkan som den förste köparens vägran att återställa godset.[9] Från Alméns utgångspunkt finns det emellertid ett mycket gott skäl för att låta den förste köparen, oaktat den andre köparen inte vill eller kan häva, bevara hävningsrätten gentemot sin säljare. Då det gäller faktiska förfoganden utgår Almén från att köparens rättsställning inte får försämras genom omständigheter, som inte kan läggas honom till last som en försummelse gentemot säljaren. Den förste köparen kan inte lastas för de åtgärder som den andre köparen företar med godset. Ändock skulle den förre genom den senares förfogande förlora hävningsrätten gentemot sin säljare och därigenom få sin rättsställning försämrad.

[7] Jfr ovan under a, särskilt vid och i n. 2, om förberedande åtgärder, som ökar godsets värde för köparen, men minskar dess saluvärde.

[8] Hellner, Köprätt 19.2, och Ussing, Køb § 18 I B 1, uttalar sig mycket försiktigt.

[9] Almén, § 58 n. 71. Till Alméns uppfattning ansluter sig Bramsjö, s. 159 f. och Lassen i TfR 1916 s. 24. Lassen har dock senare frångått denna ståndpunkt, se Lassen-Ussing, Spec.del § 89 n. 45 f.

Även om den andre köparen inte vill eller kan häva, kan den förste köparen ha intresse av att häva gentemot sin säljare, nämligen om det första avtalet redan från början var, eller genom senare inträffade omständigheter blivit, ekonomiskt ofördelaktigt för honom eller om han sålt godset vidare till ett, med hänsyn till dess värde, för lågt pris. Genom att häva kan han nämligen övervältra dessa förluster på sin säljare. Han blir då inte skyldig att utge den av honom utlovade köpeskillingen (och kan återkräva den om den är betald) utan endast den i det andra köpet betingade *lägre* köpeskillingen såsom surrogatprestation eller enligt grundsatsen om obehörig vinst. Om den andre köparen är insolvent och inte betalar den överenskomna köpeskillingen, innebär hävning av det första avtalet att även denna förlust övervältras på den förste säljaren. Almén hävdar visserligen att vidareförsäljning skall bedömas enligt samma grundsatser som faktiskt förfogande, men hans konkreta lösningsförslag innebär i själva verket att han inte fasthåller skuldtanken vid vidareförsäljning.

Orsaken till att doktrinen inte fasthållit skuldtanken vid vidareförsäljning är troligen att hävningspåföljdens inadekvata effekt framstår särskilt klart i vidareförsäljningssituationer. Om den andre köparen inte vill eller kan häva, har förste köparen *aldrig* något berättigat intresse av att utöva hävningspåföljden gentemot sin säljare. Hävning av det första köpet innebär här alltid att förste köparen på sin säljare övervältrar förluster, som skulle ha inträffat även om godset varit kontraktsenligt. Den andre köparen kan undantagsvis häva, oaktat han genom förfogande över godset satt sig ur stånd att återställa detta oförändrat, nämligen om förfogandet endast på grund av godsets ej kontraktsenliga beskaffenhet medfört värdeförlust eller om förfogandet består av förberedande åtgärder, som ej nedsätter godsets värde i köparens hand. Denna värdeförlust skall då via hävningsinstitutet föras tillbaka till den förste säljaren. Även den förste köparen kan alltså häva, oaktat godset icke kan återställas oförändrat.[1]

Redan Alméns eget "tillägg" till skuldtanken, att den vid rättsliga förfoganden måste kompletteras med att den andre köparens oförmåga eller vägran att utlämna godset tilläggs samma rättsliga betydelse i det första köpet som i avtalet mellan honom och den förste köparen, är i själva verket oförenligt med skuldtanken. HD har emellertid gått ännu längre. I målet NJA 1916 s. 428 hade A sålt en motor till B. B ville häva köpet på grund av fel i godset. B hade emellertid, innan han

[1] Jfr BGB § 353.

upptäckt eller bort upptäcka den egenskap i godset på vilken han stödde sitt hävningsyrkande, uthyrt motorn till C. Denne var visserligen villig att återlämna motorn, men endast mot utfående av ersättning för installationskostnader. B var inte beredd att erlägga detta belopp och kunde alltså inte ställa motorn till A:s disposition. HD konstaterade att B ej kunnat tillhandahålla motorn och "ej åberopat någon omständighet, på grund varav materialbolaget (B) ändock vore enligt lag berättigat att häva köpet". Det anmärkningsvärda är att C:s vägran att utlämna motorn skedde med stöd av 57 § andra stycket och att C således bevarade hävningsrätten gentemot B, men att B *ändock* förlorade hävningsrätten gentemot sin säljare. Utgången i målet kan därför inte förklaras med Alméns tillägg till skuldtanken, att den andre köparens vägran eller oförmåga att utlämna godset skall tilläggas samma rättsliga betydelse i båda transaktionerna.[2] I detta mål har HD helt uppgivit skuldtanken.

e Då köparen förfogat över en i och för sig kontraktsenlig *delprestation,* är frågan om ett sådant förfogande skall medföra förlust av den rätt att häva *även beträffande denna del,* som enligt väsentlighetsregeln eller förfångsregeln vid successiv leverans kan tillkomma honom, om återstoden inte levereras kontraktsenligt. Även här bör det komma an på om förfogandet i och för sig eller blott därför att återstoden icke levereras kontraktsenligt, medfört värdeförlust. Om värdeförlusten skulle ha inträffat även om återstoden av godset levererats kontraktsenligt skall förfogandet, även om det företagits innan köparen fått kännedom om kontraktsbrottet eller t o m innan detta inträffat, medföra förlust av hävningsrätten beträffande den del av godset som köparen förfogat över. Om däremot den genom förfogandet inträffande värdeförlusten är en följd av att återstående del icke levereras kontraktsenligt, bör det ej utgöra hinder för hävning. Som exempel på värdeförlust av den se-

[2] Almén själv anser dock att majoritetens ståndpunkt i målet är i överensstämmelse med hans egen uppfattning, se Almén, § 58 n. 71, så även Bramsjö, s. 160. Karlgren, däremot, beklagar utgången i målet, tydligen därför att den ej är i överensstämmelse med skuldtanken, och ställer sig kritisk till Alméns analys, Karlgren, Studier s. 112 f. n. 243. Ett skiljaktigt JustR ville medge hävningsrätt för B, och anförde därvid att uthyrningen ägt rum före det B märkt eller bort märka felet samt vidare *att C inte ville behålla godset utan endast temporärt innehållit det till säkerhet för ett skadeståndskrav.* Almén tar avstånd från dissidentens votum, men såvitt jag kan se är detta votum väl förenligt med Alméns uppfattning att den andre köparens vägran eller oförmåga att utge godset skall tillmätas samma betydelse i båda transaktionerna. Majoritetens ståndpunkt är däremot *ej* förenlig med denna uppfattning.

nare typen kan anföras: Väggpanel i visst utförande skall levereras i två omgångar. Den första posten levereras kontraktsenligt och uppmonteras. Säljaren kan inte fullgöra den andra leveransen och köparen kan inte heller på annat håll uppbringa väggpanel i samma utförande. Den uppmonterade delen av väggpanelen hade före uppmonteringen ett värde motsvarande den däråt belöpande delen av köpeskillingen och skulle, om återstoden kunnat levereras, bevarat detta värde. I och med att återstoden inte kan levereras, blir den uppmonterade delen av väggpanelen värdelös (förutsatt att nedmontering ej kan ske till rimlig kostnad och utan att panelen skadas). Denna värdeförlust skall bäras av säljaren, vilket blir fallet om köparen får total hävningsrätt.

Det normala är emellertid att värdeförlusten inträder redan i och med att köparen förfogar över den kontraktsenligt levererade delprestationen, och i dessa fall bör köparen inte kunna häva beträffande den del av godset han förfogat över. En konsekvent tillämpning av skuldtanken i de nu behandlade kontraktsbrottfallen leder till orimliga resultat, och säkerligen tillämpas inte bestämmelserna på detta sätt. I målet NJA 1918 s. 121 fordrade säljaren betalning för 2 400 hyacintlökar. Köparen bestred helt betalningsskyldighet. 400 lökar hade redan vid uppackningen befunnits vara odugliga och bortkastats. Återstoden hade planterats, men därav hade endast en mindre del, c:a 18 %, kunnat drivas till blomning. Anledningen härtill var en sjukdom, som funnits i lökarna redan vid avlämnandet. Den centrala frågan i målet var enligt referatets rubrik om köparen genom att reklamera för sent gått förlustig sin rätt att tala å felet. Så befanns ej vara fallet med de planterade lökarna. För den del av de planterade lökarna som ej kunnat drivas till blomning — c:a 4/5 av det planterade partiet — ansågs köparen ej betalningsskyldig. Beträffande de lökar som vid besiktningen befunnits dugliga att blomma sägs däremot i domen, att köparen "ej ådagalagt något förhållande, som (— — —) skulle kunna medföra befrielse från betalningsskyldighet". Emellertid hade ju köparen visat att 4/5 av det planterade partiet var helt värdelöst. Utan tvivel var partiet, sett som en helhet, så felaktigt att köparen, om han tidigare upptäckt felet och ej förfogat över godset, kunnat häva köpet beträffande detta parti. Hans normala användning av godset medförde alltså, ehuru den skett innan han upptäckt eller bort upptäcka felet, förlust av hävningsrätten beträffande den del av godset som var kontraktsenlig. Den kategoriska formuleringen av domskälen gör det omöjligt att tolka domslutet som en totalhävning i kombination med ersättningsskyldighet för köparen motsvarande värdet eller nyttan av de ej felaktiga lökarna. Domslutet

skulle säkert ha blivit detsamma, även om det visats att värdet eller "nyttan" av dessa lökar varit lägre än köpeskillingen.

6 Såsom mest ändamålsenligt skulle jag alltså vilja förorda att begreppet "annan åtgärd" i 58 § får omfatta *förberedande* åtgärder med godset samt andra åtgärder med detta, vilka *på grund av godsets icke kontraktsenliga beskaffenhet* medför en värdeminskning utan motsvarande utbyte. Men kan denna lösning hävdas de lege lata?

Det skall villigt erkännas att denna uppfattning ej kan grundas på en tolkning av ordalydelsen i 58 § och dennas förarbeten. Jag har fastställt stadgandets tillämpningsområde på grundval av — ganska fria — teleologiska överväganden. Och visserligen har jag härvid utgått från rättsgrundsatser, erkända på andra områden av obligationsrätten, och ändamålssynpunkter, som jag tror är allmänt accepterade, men dessa har inte kommit till uttryck i lagtext eller förarbeten och troligen har lagstiftaren inte ens uppmärksammat deras anknytning till den aktuella problematiken.

Å andra sidan står inte heller den av Almén hävdade tolkningen av 58 §, att termen "annan åtgärd" omfattar samtliga typer av förfogande över godset, i god överensstämmelse med lagstiftarens ordval och redigering av lagtexten. Uttrycket "åtgärd" är illa valt, om därmed avses även regelrätt konsumtion och underlåtenhet att vidta erforderliga åtgärder för godsets vård. Vidare får bestämmelsen om "annan åtgärd" med den av doktrinen hävdade tolkningen en praktisk betydelse, som illa överensstämmer med dess undanskymda placering i anslutning till regeln om undersökningsåtgärder. Om uttrycket annan åtgärd ges en så vidsträckt innebörd, blir för övrigt den särskilda bestämmelsen om undersökningsåtgärder överflödig. Undersökningsåtgärder företagna *efter* det felet eller bristen upptäckts eller bort upptäckas är inte "nödiga". Undersökningen av godset får inte sträcka sig längre än vad som erfordras för att utröna om fel eller brist i godset föreligger. Om undersökningsåtgärderna företas före denna tidpunkt, skulle de icke utgöra hinder för hävning redan av den anledningen att åtgärderna sker i god tro. Det kan t o m hävdas att hela 58 § — om begreppet "annan åtgärd" ges den av Almén hävdade innebörden — fått en olycklig redigering. Om lagstiftaren avsett en sådan innebörd, borde såsom *huvudregel* ha uppställts att köparens oförmåga att återställa prestation *icke* utgör hinder för hävning, och att köparen förlorar sin hävningsrätt *endast* om han förfogar över godset efter det han fått vetskap om hävningsanledningen.

Nya Lagberedningens förslag till lag om köp och byte innehöll inte någon motsvarighet till bestämmelsen om "annan åtgärd" i 58 §.[1] Enligt förslaget skulle alltså köparens förfogande, även om det företagits före vetskap om hävningsanledningen, medföra förlust av hävningsrätten. Lagrådet kritiserade inte förslaget i denna del.[2] Däremot kan det väl inte förnekas att skuldtanken skymtar i Köplagskommitténs förslag. I kommentaren till 58 § uttalas, att t o m om förändringen uppkommit genom att köparen tagit godset i bruk, så behöver hans rätt att häva köpet icke vara ovillkorligen utesluten. Har han ej märkt eller bort märka felet, "lärer han ej skäligen kunna drabbas av den rättsförlust, hvarom här är fråga".[3] Samtidigt framhävs emellertid bestämmelsens undantagskaraktär. De situationer som lagstiftaren — att döma av de valda exemplen — haft i tankarna är där köparens förfogande, just på grund av godsets ej kontraktsenliga beskaffenhet, inte givit något utbyte. Här kan man hålla med om att köpare, som handlat utan vetskap om felet, ej bör drabbas av någon "rättsförlust".[4] Däremot är det väl osäkert om lagstiftaren verkligen överblickat och analyserat skuldtankens konsekvenser i andra situationer. För dessa utgör lagstiftarens i förbigående gjorda hänsyftning på en dubiös tankekonstruktion inte något tolkningsdatum.

Begränsar man sig till lagtext och förarbeten, kommer man helt enkelt inte fram till någon lösning alls på det uppställda spörsmålet. Under sådana förhållanden bör man kunna lösa detta på grundval av ändamålssynpunkter och rättsgrundsatser, erkända på andra områden inom obligationsrätten, om bara den lösning man kommer fram till icke är *oförenlig* med lagtexten eller lagstiftaren har *övervägt men avvisat den*. Doktrinens uppfattning kan inte godtas, om den visas bygga på en felaktig argumentation.

Däremot skulle man kunna argumentera för den av Almén hävdade tolkningen med utgångspunkt från hävningspåföljdens repressiva-preventiva funktion. Det viktiga är bara att göra klart för sig att den lösning av ansvarsfrågan, som Almén förordar, innebär en avvikelse till säljarens nackdel från eljest accepterade grundsatser om ansvar för kontraktsbrott. Jag för min del kan inte se något skäl att tillägga hävnings-

I. A. 6.

[1] Se 53 § i förslaget.

[2] NJA II 1901 N:r 1 s. 100 ff. Dock ville flera ledamöter i lagrådet begränsa köparens vårdnadsplikt samt kritiserade den föreslagna regeln om prisfaran, jfr nedan s. 316 vid n. 3.

[3] NJA II 1906 N:r 1 s. 99 f.

[4] Jfr ovan s. 264 och nedan s. 275 f.

påföljden en så uttalat repressiv-preventiv funktion. Här är det emellertid fråga om en intresseavvägningsfråga av den typ som ligger utanför doktrinens traditionella verksamhetsområde. Ett särskilt skäl mot att tillägga hävningspåföljden i skandinavisk rätt en alltför markerat repressiv funktion skall utvecklas nedan under III.

Studium av rättspraxis ger inte någon klar bild av rättsläget. HD undviker genomgående att göra några principuttalanden och det är därför svårt att veta, vilken räckvidd och betydelse som kan tilläggas avgöranden i mål där frågor av detta slag varit uppe till bedömning.

I målet NJA 1916 s. 428[5] uppgav HD helt skuldtanken till förmån för ett strikt ansvar för godsets återställande. Vad som kan diskuteras är om den i detta mål hävdade principen gäller bara vid vidareförsäljning och ej vid andra typer av förfogande över godset. Det är dock svårt att finna något skäl för att det skulle gälla en särskild regel beträffande rättsliga förfoganden. Vad man kan konstatera är att HD:s majoritet i detta mål helt uppgivit skuldtanken beträffande rättsliga förfoganden, ehuru lagen inte undantar dessa förfoganden från 58 §:s tillämplighetsområde. Man måste då kunna undanta även andra typer av förfoganden och ge stadgandet ett avsevärt snävare tillämplighetsområde än som följer av skuldtanken.

Ett svårtolkat rättsfall som förefaller angå själva ansvarsfrågan i vidsträckt bemärkelse är NJA 1938 s. 318. Köpare av en travhäst hade några månader efter köpets ingående fått kännedom om att hästen på grund av ändrade åldersbestämmelser från tiden före köpet ej fick delta i tävlingar i den omfattning de haft anledning räkna med. Förhållandet bedömdes som ett fel i godset. Den andra huvudfrågan i målet var om köparna på grund av detta fel kunde häva köpet eller om de var hänvisade till prisnedsättning. Köparna hade, både före och efter det de upptäckt felet, använt hästen i travtävlingar. Mot hävningsyrkandet anförde säljaren bl a den långa tid som förflutit efter köpet (ungefär ett halvår) och att hästen genom dålig skötsel och för hård körning blivit halt. Säljarens påstående om vanvård tycks emellertid inte ha haft något fog för sig. HD:s majoritet ogillade hävningsyrkandet. "Med hänsyn till den omfattning i vilken köparna i tävlingar använt eller kunnat använda hästen och övriga omständigheter kan felet ej grunda hävningsrätt för köparna". Däremot ansågs köparna berättigade till prisnedsättning uppgående till en tredjedel av köpeskillingen. En minoritet ville bifalla hävningsyrkandet och anförde därvid att felet ej kunde beteck-

[5] Se ovan s. 266 f.

nas som "ringa". Det är emellertid mindre troligt att majoritetens ogillande av hävningsyrkandet berodde på att den hade en annan uppfattning än dissidenterna om felets svårighetsgrad.[6] De ändrade åldersbestämmelserna innebar att hästen inte kunde användas i tävlingar ens under hälften av den vid köpet beräknade tiden och ansågs nedsätta hästens värde med en tredjedel. Ett sådant fel kan knappast betecknas som "ringa". Det kan inte vara något tvivel om att hävningsyrkandet skulle ha bifallits, om det framställts omedelbart efter köpet. I sin gradering av felets betydelse — den omfattning i vilken köparna använt eller kunnat använda hästen — undviker majoriteten också att placera felet på den ena eller andra sidan om väsentlighetsgränsen. I stället vägs felets betydelse mot "övriga omständigheter". Meningsskiljaktigheten bland domstolens ledamöter måste bero på att minoriteten inte ville tillmäta dessa omständigheter någon rättslig betydelse.

Vilka omständigheter är det då som åsyftas? I anslutning till rubriken hänvisas till ett avgörande rörande tillämpning av 57 § och i senare mål angående fråga om tillämpning av 57 § hänvisas till det aktuella rättsfallet.[7] Kan det då sägas att hästen inte kunde återlämnas i "väsentligen oförändrat skick" och att detta berodde på omständigheter, för vilka köparna borde bära det ekonomiska ansvaret? Köparna hade visserligen — även sedan de upptäckt felet — använt hästen i tävlingar, men sådan användning av en travhäst nedsätter väl inte dennas värde. Om orsaken till att majoriteten icke ville bifalla hävningsyrkandet varit en värdeminskning, uppkommen genom köparnas förfogande över godset efter det de fått kännedom om hävningsanledningen, skulle domskälen säkerligen ha formulerats på annat sätt. Orsaken till att HD inte ville bifalla hävningsyrkandet kan emellertid ha varit en annan typ av värdeminskning. Värdet hos en travhäst ligger i att den — under viss begränsad tid — kan ställas upp i tävlingar och inbringa sin ägare berömmelse och pengar. Allteftersom tiden går förbrukas detta värde av den som disponerar över hästen. Så snart viss tid förflutit, kan hästen inte återlämnas i "väsentligen oförändrat skick". Säljaren levererade en häst, som under ett knappt år framöver kunde användas i tävlingar. När köparna ville häva, har de redan hunnit förbruka detta värde.[8]

[6] Annan uppfattning, Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål s. 147.
[7] NJA 1939 s. 588.
[8] Jfr Hagerup Bull i en uppsats om "Den økonomiske skade", TfR 1920 s. 155 ff. Förf., som ansluter sig till den s k värdeteorin (i motsats till penningteorin) använder i visst sammanhang ett exempel med en ridhäst (s. 179 f.). Ridhästens värde består i att den under en begränsad tid kan ge besittaren nöjet och tillfredsställelsen att rida på den. Själva bruksrätten är ett ekonomiskt värde och

Denna värdeförlust har inget samband med kontraktsbrottet och skall bäras av köparna. Det är härvid i princip likgiltigt om dessa haft något ekonomiskt utbyte av godset eller om de underlåtit att utnyttja dess potentiella möjligheter. Om det är dylika överväganden som ligger bakom HD:s dom, så innebär denna *ett klart avsteg från skuldtanken.* Denna blott genom tidens gång inträdande värdeminskning kan inte på något sätt lastas köparna som ett underlåtet tillvaratagande av säljarens intressen.[9]

Det finns några danska avgöranden som stöder min uppfattning att köparens förfogande över eller vårdslösa handhavande av godset medför förlust av hävningsrätten, oaktat köparen inte känt till eller bort känna till hävningsanledningen. U 1935.1063 H gällde köp av en frimärkssamling, som innehöll 5/12 falska och till följd härav helt värdelösa märken. Köparen ville häva beträffande hela samlingen, men detta yrkande ogillades, eftersom köparen tagit ut frimärkena ur albumet och det inte kunde uteslutas att *äkta* märken därvid hade blivit bortbytta eller skadade. Detta skulle i så fall ha inträffat i samband med "forskellige Undersøgelser og Behandlinger", som av allt att döma företagits innan köparen upptäckt att en del av märkena var falska. I U 1963.996 H hade köparen förfogat över hälften av ett parti torskblock, innan han fick kännedom om hävningsanledningen. Förfogandet utgjorde hinder för hävning beträffande denna del (dissens). Slutligen kan anföras en dom från 1968 av ØL, U 1968.828. Ett porslinsfat hade sålts under oriktig ursprungsbeteckning. Detta upptäckte köparen först efter det fatet fallit ner från väggen och gått sönder. Domstolen fann att köparen inte eftersett upphängningsanordningen på ett försvarligt sätt, och olyckan utgjorde därför hinder för hävning.

7 Den tolkning av begreppet "annan åtgärd" som jag förordar förutsätter att en köpare, som inte kan häva köpet, genom andra mer begränsade påföljder kan erhålla kompensation för den genom kontraktsbrottet uppkomna förlusten. Även före köplagens tillkomst antog man i svensk och även dansk rätt att köpare som i god tro förfogat över varan

bortfall av bruksrätten under viss tidsperiod innebär en motsvarande ekonomisk skada.

[9] Se däremot NRt 1965 s. 91, där HøyR uttryckligen förklarade att man, vid bedömningen av om en bil kunde återlämnas i väsentligen oförändrat skick, *ej* skulle ta hänsyn till den värdeminskning som var en nödvändig följd av tidens gång (ca 10 % av värdet). Omständigheterna var dock speciella såtillvida att köparen framställt krav på omleverans och hela tiden varit beredd att utlämna bilen mot omleverans.

bevarade sin hävningsrätt.[1] Denna äldre uppfattning måste emellertid ses mot bakgrund av att man vid fel i godset icke ville tillerkänna köparen någon rätt till prisminskning och knappast heller någon rätt till skadestånd utan samband med hävning. Dessa mer begränsade påföljder betraktades som *en omformning* av avtalet, vilken säljaren inte behövde finna sig i.[2] Ställd inför valet att frånkänna köparen varje anspråk i anledning av felet eller att tillåta hävning, oaktat köparen förfogat över godset, valde man den senare utvägen. Situationen är emellertid en helt annan sedan man i köplagen fastslagit rätten till prisreduktion och rätten till skadestånd utan samband med hävning. Valet står nu inte mellan hävningspåföljden och ingen påföljd alls utan mellan hävningspåföljden, som i detta läge har påtagliga ogynnsamma bieffekter för säljaren, och andra påföljder utan sådan bieffekt. Almén medger att hävningsrätten i denna nya situation inte är i lika hög grad av behovet påkallad. Han anser dock att den ändock bör tillåtas, *eftersom andra tillgängliga påföljder i vissa situationer inte fungerar tillfredsställande*.[3] Om detta är riktigt utgör det ett argument för den av Almén och doktrinen i övrigt hävdade tolkningen av 58 §, som har en helt annan valör än den diffusa och vid närmare påseende ohållbara skuldtanken.

Mer begränsade påföljder fungerar enligt Almén inte tillfredsställande vid kontraktsbrott som medför att godset blir helt odugligt för det avsedda ändamålet och i köparens hand sålunda inte ger något ekonomiskt utbyte men ändock bevarar ett visst värde vid annan användning.[4] Prisminskningsrätten täcker nämligen endast förlusten i marknadsvärdet. För att få full kompensation måste köparen tydligen i ett sådant fall genom försäljning tillgodogöra sig godsets marknadsvärde. En sådan aktivitet skulle man emellertid inte kunna fordra av den för kontraktsbrott utsatte köparen. Absolut nödvändig för att ge köparen full kompensation är hävningsrätten, när godset varit helt odugligt för sitt ändamål men ändock använts till detta ändamål och därigenom blivit helt värdelöst. Som exempel anför Almén exemplet med vårrågen

I. A. 7.

[1] Se Almén, § 58 vid n. 54 f.

[2] Se ovan s. 16 n. 5.

[3] Almén, § 58 vid n. 56—58.

[4] Almén använder uttrycket "objektivt värde" eller bara "värde" såsom syftande på godsets värde beräknat enligt en mer *abstrakt* metod, där man inte tar hänsyn till den konkrete köparens planerade användning, se a.st. samt t ex § 42 vid n. 29 (prisminskningsrätten täcker endast minskning i godsets "objektiva värde"). I regel är det väl marknadsvärdet som avses.

och höstrågen. Köparen har rekvirerat vårråg till utsäde men fått höstråg och utan att ha märkt denna egenskap hos rågen utsått den.

För det första kan man emellertid konstatera att dessa argument gäller långtifrån alla fall där kontraktsbrott medför hävningsrätt enligt väsentlighetsregeln. Väsentlighetsregeln innebär inte att godset skall vara helt odugligt för det av köparen avsedda ändamålet. Det räcker med att dess användbarhet minskas i icke ringa grad. I åtskilliga fall torde den genom kontraktsbrottet inträdda värdeminskningen, beräknad med hänsyn till den av köparen planerade användningen, svara mot minskningen i godsets marknadsvärde. Köparen kan då genom mer begränsade påföljder och utan att behöva företa några betungande försäljningsåtgärder få full kompensation för den skada som tillskyndats honom genom kontraktsbrottet.

För det andra är det tvivelaktigt om de ifrågavarande argumenten är hållbara ens för de avsedda fallen. Varför skulle man inte kunna fordra av köparen att han, när han inte själv kan använda godset, försäljer det och på detta sätt tillgodogör sig värdet? En av grundtankarna i köplagen är att köparen och säljaren aktivt skall tillvarata varandras intressen.[5] Denna grundtanke har kommit till uttryck bl a i den omfattande vårdnadsplikten, som i vissa situationer utmynnar i en *försäljningsplikt* för andra partens räkning.[6] Man borde då också kunna fordra av köparen att han för egen räkning säljer godset.

Återstår då de fall där godset är odugligt för det avsedda ändamålet, men dock ej saknar marknadsvärde, och köparen utan att märka felet använder godset för det avsedda ändamålet och därvid förbrukar det utan att få något utbyte motsvarande ens marknadsvärdet. Prisreduktion ger under sådana omständigheter inte full kompensation. Om förutsättningar för skadeståndsskyldighet inte är förhanden, är hävningspåföljden erforderlig för att köparen skall få sin förlust täckt. Dessa fall har analyserats i det föregående.[7] Den genom förfogandet uppkomna värdeförlusten har här orsakssamband med kontraktsbrottet. Hävningspåföljden innebär här således inte att köparen på säljaren övervältrar förluster, som skulle ha inträtt även om godset varit kontraktsenligt. Om så varit fallet skulle samma förfogande inte ha medfört någon värdeförlust utan givit förväntat utbyte. *Av den anledningen*

[5] Se t ex Arnholm, Alminnelig avtalerett s. 102 f. om kravet på lojalitet mellan parterna som ett viktigt drag i våra dagars kontraktsrätt.
[6] 35 § KöpL angående säljarens vårdnadsplikt. Motsvarande gäller köparens skyldighet att vid hävning för säljarens räkning ta vård om godset, se 55 §.
[7] Ovan under 5 c.

skall förfogandet i dessa fall icke utgöra hinder för hävning. Däremot är det väl mycket tveksamt om prisnedsättningspåföljdens otillräckliga funktion i denna mycket begränsade grupp av fall kan anföras som stöd för *en generell regel,* att köparens förfogande i god tro ej skall medföra förlust av hävningsrätten.

Man skulle emellertid kunna tänka sig en kompromisslösning.[8] Det är enligt min mening ofrånkomligt att köparens förfogande över godset bör spela en roll vid påföljdsvalet, men möjligen bör det icke väga så tungt att hävning aldrig kan ifrågakomma.

Avgörande för valet mellan totalhävning och mer begränsade påföljder är normalt om kontraktsbrottet är väsentligt eller icke. Köplagens väsentlighetsregel har ovan karaktäriserats som ett slags standard.[9] Väsentlighetsregelns innehåll — åtminstone vad avser hur omfattande eller betydelsefullt enligt en viss mätningsmetod kontraktsbrottet skall vara för att medföra hävningsrätt — kan inte beskrivas i generella formler tillämpliga i alla kontraktsbrottsfall. Detta standardelement i väsentlighetsregeln lämnar — åtminstone i praktiken — visst utrymme för ett hänsynstagande till sådana omständigheter som ej angår kontraktsbrottets omfattning och betydelse.[1] Man skulle därför kunna tänka sig att visserligen inte utesluta hävningspåföljden men *ställa högre krav på kontraktsbrottets väsentlighet,* där hävningspåföljden innebär att köparen på säljaren överför förlust, som uppkommit uteslutande genom den förres förfogande över mottaget gods. Mot varandra skulle vägas kontraktsbrottets väsentlighet och den med hävningspåföljden förbundna bieffekten.[2] Doktrinen står inte främmande för att skärpa väsentlighetskravet, då mottagen prestation inte kan återställas.[3] Eventuellt kan man söka precisera väsentlighetsregelns innehåll i dessa situationer genom att uppställa "understandarder". Vid brist i godset, eller dröjsmål eller fel i en del av godset skulle man kunna närma sig förfångsregeln och tillåta totalhävning endast om den felaktiga eller fördröjda

[8] Den närmast till hands liggande kompromisslösningen är naturligtvis hävningspåföljden kombinerad med ersättningsskyldighet för köparen. Från denna möjlighet bortses tills vidare. Se vidare under B och C.

[9] Se ovan s. 68 ff.

[1] Se ovan s. 73 f.

[2] Så tycks HD ha gått tillväga i NJA 1938 s. 318, jfr ovan s. 271 ff. Felets betydelse vägdes mot övriga omständigheter. Om felet varit ännu mer omfattande, om hästen endast i ringa utsträckning kunnat användas till det avsedda ändamålet, skulle väl utgången ha blivit en annan. Men värdeminskningen har dock påverkat påföljdsvalet såtillvida att man ställt högre krav på väsentlighet än vad som normalt fordras för hävning.

[3] Se Kruse, Misligholdelse s. 84 f. och ovan s. 72 n. 4.

delen har ett sådant samband med den kontraktsenligt levererade delen, att det skulle lända köparen till förfång att endast delvis vidbli köpet. Vid kontraktsbrott, som rör hela godset, skulle det inte vara tillräckligt att kontraktsbrottet i icke oväsentlig grad påverkar godsets användbarhet, utan för hävning skulle fordras att köparen inte alls eller endast i mycket begränsad utsträckning kan använda godset. Det är dock tveksamt om de här skisserade "understandarderna" verkligen ryms inom väsentlighetsregeln,[4] och om man således inte måste frångå denna regel för att åstadkomma ett tillfredsställande resultat.

Samma lösning kan övervägas i de fall där hävningspåföljden visserligen inte innebär att köparen på säljaren överför förluster, som skulle ha inträffat även om godset varit kontraktsenligt, men där köparen genom förberedande åtgärder för en speciell användning förringat godsets värde för annan än honom själv.[5] Även i dessa fall kan hävningspåföljden drabba säljaren orimligt hårt. Av hänsyn till köparen kan man inte helt utesluta hävningspåföljden, men man skulle även i detta fall kunna ställa högre krav på väsentlighet.

En sådan kompromisslösning mellan köparens intresse av att få utöva hävningspåföljden och säljarens intresse av att undgå hävning, då denna är förenad med särskilda olägenheter för honom, har utvecklats i England och Amerika i "the doctrine of substantial performance".[1] Detta har utbildats inom byggnadsbranschen men gäller också vid andra typer av avtal, där det förekommit delprestation som varit till nytta för mottagaren. Har "substantial performance" förekommit, måste mottagaren betala även om förpliktelsen inte fullgjorts i sin helhet. Om borgenärens mottagande eller handhavande av ofullständig prestation innebär "acceptance", så avskärs hävningsrätten utan vidare.[2] Acceptance förutsätter emellertid att borgenären haft frihet att avvisa eller ta emot den ofullständnga prestationen.[3] Någon sådan möjlighet har han inte t ex vid avtal om uppförandet av en byggnad, där gäldenären icke slutfört

[4] Om det objektiva, imperativa innehållet i väsentlighetsregeln, se ovan s. 69 f.

[5] Här är en sådan kompromisslösning särskilt behövlig, eftersom någon ersättningsskyldighet för köparen ej kan komma i fråga, jfr nedan s. 287 f. Notera också att de nedan behandlade reglerna om part performance och substantial performance i anglosaxisk rätt utvecklats mot bakgrund av att någon ersättningsskyldighet här ej kan åläggas den som mottagit prestation.

[1] Se om denna regel Chesire and Fifoot, s. 491, Chitty, General Principles nr 1040, Wilson, s. 419 ff, Williston, On sales § 225a.

[2] Se ovan s. 249 f.

[3] Om frivillighet som en förutsättning för att viss åtgärd skall vara att betrakta som acceptance, se Chitty, General Principles nr 1042, Wilson, s. 418 f,

arbetet eller detta ej fullgjorts kontraktsenligt. Någon acceptance föreligger alltså inte. Enligt huvudregeln att fullgörelse skall vara "precise and exact" är borgenären inte skyldig att utge någon del av köpeskillingen.[4] Han är inte heller skyldig att utge någon ersättning på quasikontraktsrättslig grund.[5] I detta läge har man av hänsyn till gäldenären utbildat "the doctrine of substantial performance". Regeln innebär att borgenären är skyldig att betala proportionellt för mottagen delprestation. Substantial performance föreligger endast när vad som återstår att erlägga är relativt oväsentligt. Den är alltså ett slags väsentlighetsregel, *men en väsentlighetsregel som tillämpas endast när avtalet nått ett visst avvecklingsstadium.* Den är tillämplig endast när substantial performance *redan förekommit.* Gäldenären kan inte mot erbjudande av substantial performance utfå någon del av vederlaget.

Om prestationen är av sådant slag att köparen har frihet att avvisa den eller ta emot den, innebär köparens förfogande över det mottagna godset i regel "acceptance" och medför förlust av hävningsrätten. Denna regel, som ju löser intressekonflikten till *säljarens* förmån, gäller emellertid inte kontraktsbrott som drabbar "the core of the contract", "the fundamental obligation".[6] Härigenom framkommer ett slags kompromisslösning, som påminner om "the doctrine of substantial performance". Fundamental obligation är ett snävare begrepp än condition.[7] Men fundamental breach avses verkligt svåra kontraktsbrott som spolierar avtalets huvudändamål. Att säljaren levererar varor som inte överensstämmer med beskrivningen behöver inte innebära ett sådant kontraktsbrott, men om han levererar varor, som inte alls kan användas till det avsedda ändamålet, så är det ett fundamental breach. Begreppet har utbildats i anslutning till friskrivningsklausuler. Tidigare ansågs det inte möjligt att genom en sådan klausul undgå ansvar för fundamental breach. The Suisse Atlantique case[8] har emellertid visat att denna regel inte är tvingande utan viker för parternas avsikter, vilka emellertid då måste vara mycket klart uttalade. *Men vidare har begreppet betydelse*

[4] Se ovan s. 15 vid och i n. 3.

[5] Se nedan s. 287 f.

[6] Om fundamental obligation, se den utförliga framställningen hos Chesire and Fifoot, s. 119 ff., där rättsläget efter Suisse Atlantique case (nedan n. 8) beaktas, samt Drake, Fundamentalism in Contract 1967 (30 M.L.R. 531), Chitty, General Principles (1968), nr 596 f., 1363, är kortfattad.

[7] Efter Suisse Atlantique case förefaller det dock som om begreppen nästan flyter ihop, se Chitty, a.a. nr 597, 1363.

[8] Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S. A. v. N. V. Rotterdamsche Kolen Centrale (1967) 1 A.C. 361.

därigenom att någon acceptance inte kan förekomma vid denna typ av kontraktsbrott.[9]

8 Det från Stuart Mill hämtade orsaksbegreppet måste, när det används inom skadeståndsrätten, kompletteras och modifieras. Sine qua non-principen leder i en rad fall till en — enligt juristernas bedömande — orimligt omfattande skadeståndsskyldighet. Som ett korrektiv häremot har man uppställt *kravet på adekvans.*[1] Den skadliga effekten skall vara beräknelig, "ligga i farans riktning". I andra situationer har man inte kunnat godta sine qua non-principen ens som en minimiförutsättning för ersättningsskyldighet. Ersättningsskyldighet kan föreligga oaktat detta kriterium icke är uppfyllt, nämligen om skadan uppkommit till följd av *flera självständigt verkande skadeorsaker.*[2] Motsvarande problem uppstår då skadeståndsrättens orsaksbegrepp används för att avgöra vem av kontrahenterna som inom ramen för hävningsinstitutet skall svara för skada.

a Fråga om uppställandet av ett adekvanskrav som förutsättning för säljarens hävningsansvar vid inträffad skada uppkommer, då kontraktsbrottet medför förlust endast under den förutsättningen att köparen på ett helt oväntat sätt förfogar över godset. För att belysa detta fall kan följande exempel anföras: Kontorsmaskiner används som lekmaterial på ett daghem och blir därvid omedelbart totalförstörda, men skulle, om de varit kontraktsenliga, faktiskt ha tålt även en sådan hantering. Skall säljaren kunna undgå hävningsansvar för denna skada genom att hävda att den inte står i *adekvat orsakssamband* med kontraktsbrottet?

Adekvanskravet har uppställts främst för att skydda skadevållaren mot en alltför vittgående skadeståndsskyldighet. Skadeståndsskyldigheten kan ju i princip bli hur omfattande som helst.[3] Den överföring

[9] Atiyah, s. 23, Chitty, Specific Contracts (1968) nr 1489.
I A. 8.

[1] Om kravet på "adekvat" eller "juridisk" kausalitet inom skadeståndsrätten se Vinding Kruse, Adækvansproblemet i erstatningsretten, TfR 1951 s. 321—425 (innefattande historisk och komparativ utredning), Karlgren, Skadeståndsrätt s. 40 ff., Persson, Skada och Värde bl a s. 47 ff. samt Kristen Andersen, Angrep og synpunkter i erstatningsretten (TfR 1941 s. 299—333).

[2] Andenæs, Konkurrerende skadeårsaker (TfR 1941 s. 241—298), Hult, Till frågan om konkurrerande skadeorsaker (Festskrift till Engströmer, s. 65 ff.) Persson, a.a. särskilt 3 kap. C s. 210 ff., Karlgren, a.a. s. 33 ff. (med ytterligare litteraturhänvisningar).

[3] Adekvansläran uppfattas i skandinavisk rätt som en — ganska ofullkomlig — metod att begränsa den orimligt omfattande skadeståndsskyldighet som följer av

av förlust, som kan ske inom ramen för hävningsinstitutet, är däremot begränsad till det överenskomna vederlaget. Om part genom sitt handhavande av godset åstadkommer en skada, som är *större* än den överenskomna köpeskillingen, kan skadan till den del den överstiger köpeskillingen inte överföras på motparten inom ramen för hävningsinstitutet. Detta gäller både skada, som uppkommit genom säljarens bristfälliga fullgörande av sin prestationsskyldighet och skada, som uppkommit genom köparens förfogande över mottagen prestation. I det förra fallet regleras skadan genom att kontraktsbrottet medför hävningsrätt, i det senare fallet genom att förfogandet medför förlust av hävningsrätten. Hävningsinstitutet har, kan man säga, *ett inbyggt korrektiv mot ett alltför omfattande ansvar för skadegörande handling.* Någon ytterligare begränsning i form av uppställandet av ett adekvanskrav är därför inte erforderlig.[4] Säljarens hävningsansvar kan därför omfatta även förluster som uppkommit genom ett helt oförutsebart förfogande från köparens sida, om blott kontraktsbrottet varit ett sine qua non för förlustens inträdande. *Köparen* kan självfallet inte undgå ansvar genom att åberopa att hans förfogande medfört skada endast på grund av samverkande helt oförutsebara omständigheter. Den enda ansvarsbefriande omständighet han kan åberopa är kontraktsbrottet såsom ett nödvändigt element i det skadebringande händelseförloppet.[5]

b Kontraktsbrottet och köparens förfogande över godset kan *vart och ett för sig utgöra tillräcklig orsak* till den inträffade förlusten. I de fall som diskuterats i det föregående har skadan inträffat *endera genom en nödvändig samverkan* mellan kontraktsbrottet och förfogandet *eller uteslutande* genom förfogandet. I dessa fall har sine qua non-principen använts för att fastställa omfattningen av säljarens hävningsansvar för kontraktsbrottet. Sine qua non-principen fungerar däremot helt otill-

en omodifierad tillämpning av sine qua non-principen. Se t ex Karlgren, a.a. s. 40 ff. och i TfR 1955 s. 365. Kristen Andersen, a.a. s. 319, anser den vara så otillfredsställande, att han vill ersätta den med en "rimelighetsvurdering".

[4] Jfr Karlgren i TfR 1955 s. 365 f. K. avvisar tanken att den ersättningsskyldighet, som följer av culpacasusregeln, skulle vara begränsad av något krav på adekvat kausalitet mellan kontraktsbrottet och vådahändelsen. K. utgår från att det skärpta ansvaret enligt culpacasusregeln är begränsat till casus som drabbar prestationsobjektet och ej omfattar "abnorma" följdskador av uteblivandet. "Regeln ernår då en begränsning som tager bort mycket, för att icke säga det mesta, av den måttlöshet i ansvaret, mot vilken adekvansläran i grund och botten riktar sig."

[5] Jfr ovan s. 259 ff. om köparens ansvar som "vad som blir över", då säljarens ansvar dragits ifrån.

fredsställande då det är fråga om flera självständigt verkande skadeorsaker. Den leder till att ingen av de ifrågasatt ansvarsgrundande handlingarna kan betraktas som "orsak" till skadan, eftersom ju denna skulle ha inträffat, även om någon av de ifrågasatt ansvarsgrundande faktorerna ej medverkat i händelseförloppet. Detta resultat kan man naturligtvis inte godta. På skadeståndsrättens område, där problemet under senare år blivit mycket uppmärksammat, har man så småningom arbetat fram lösningar, vilka i viss utsträckning kan tillämpas på säljarens hävningsansvar i motsvarande situationer.

Om en av de ifrågasatt ansvarsgrundande omständigheterna hunnit åstadkomma den skadegörande effekten, innan den andra faktorn hunnit spela någon roll i händelseförloppet, antar man inom skadeståndsrätten såsom en huvudregel, att den först verkande faktorn ensam "orsakat" skadan. A skjuter C. Därefter avlossar även B ett skott mot C, ett skott som skulle ha varit dödsbringande, om inte C till följd av A:s skott redan avlidit. Kausaliteten mellan A:s skott och C:s död brister inte, därför att dödsfallet av annan orsak *skulle ha inträffat* även utan A:s handling. Däremot är B:s handling icke kausal till dödsfallet. A men inte B blir skadeståndsskyldig.[6] Denna lösning kan utan vidare överföras till hävningsansvaret. Om godset genom kontraktsbrottet blivit fullständigt värdelöst, upphävs inte säljarens hävningsansvar därför att köparen utan vetskap om kontraktsbrottet förfogar över godset på ett sätt, som under alla förhållanden skulle ha medfört totalförstörelse. Säljaren undgår inte sitt hävningsansvar för giftiga födoämnen, därför att köparen förvarat dem på ett sådant sätt att de dessutom ruttnat.

Emellertid kan det förhålla sig så att effekten av de båda ifrågasatt ansvarsgrundande faktorerna inträder *exakt samtidigt*. För att demonstrera detta kan vi anknyta till exemplet med successiv leverans av väggpanel.[7] Säljaren levererar den första posten kontraktsenligt, men blir urståndsatt att leverera den andra posten. Härefter uppmonterar köparen den levererade väggpanelen, *men på ett så felaktigt sätt att den icke, ens om återstoden levererats, kunnat fylla någon skönhets- eller nyttofunktion*. Den uppmonterade delen av väggpanelen har blivit värdelös på grund av *två självständigt verkande skadeorsaker*. Den är värdelös *dels* därför att den uppmonterats felaktigt, *dels* därför att den täcker endast halva väggen och panel i samma utförande till återstoden av väggen icke kan anskaffas till ett rimligt pris. Effekten av de

6 Karlgren, Skadeståndsrätt s. 34, Andenæs, a.a. s. 256.
7 Ovan s. 268.

båda självständigt verkande ifrågasatt ansvarsgrundande faktorerna har också inträffat *exakt samtidigt*. Att säljaren blir urståndsatt att leverera återstående panel innebär nämligen inte i och för sig att levererad panel förlorar sitt värde. En sådan värdeförlust inträffar först i och med att levererad del uppmonteras, alltså exakt samtidigt som den andra förlustbringande (och omedelbart verkande) omständigheten, nämligen *det vårdslösa momentet* i köparens förfogande.

De lösningar som man inom skadeståndsrätten kommit fram till i fråga om självständigt och *samtidigt verkande* skadeorsaker, kan inte utan vidare överföras till hävningsansvaret. Om båda de ifrågasatt skadegörande faktorerna är "ansvarsbärande", d v s av sådan karaktär att de — förutsatt att kravet på orsakssamband är uppfyllt — medför ersättningsskyldighet gentemot den skadelidande, antas inom skadeståndsrätten att *båda* faktorerna varit kausala,[8] och de båda skadevållarna blir solidariskt ansvariga gentemot den skadelidande.[9] Denna lösning kan av naturliga skäl inte överföras till hävningsansvaret. Det är ju här inte fråga om två skadevållares ansvar gentemot en tredje skadelidande person, utan om en fördelning av det primära ansvaret mellan säljare och köpare. Mer jämförbar är den inom skadeståndsrätten uppmärksammade situationen att bara den ena faktorn är "ansvarsbärande", medan den andra faktorn är *casuell* och på grund av regler om "faran" skulle drabba den skadelidande.[1] En tidsinställd bomb har smugglats ombord på ett fartyg, men samtidigt som explosionen utlöses, slås fartyget sönder vid en grundstötning. Situationen är omtvistad, men den förhärskande uppfattningen tycks vara att den skadelidandes casusansvar tar över den utomståendes eljest ansvarsgrundande handling. Den utomstående undgår alltså ersättningsskyldighet.[2] Det är dock tveksamt om denna lösning, som för övrigt är omdiskuterad, kan överföras till situationen med orsakskonkurrens mellan kontraktsbrottet och köparens förfogande över godset. Motivet till att man valt den berörda lösningen när fråga är om skadestånd är främst att skadeståndet i denna situation icke skulle fylla någon reparativ funktion. I stället skulle den skadelidande göra en vinst. Skadeståndspåföljden är ju i övrigt ut-

[8] Karlgren, a.a. s. 37.

[9] Se SL 6:5 för fall av medveten samverkan, men solidaritetsregeln gäller även eljest, Karlgren, a.a. s. 229 f. och Andenæs, a.a. s. 252 f.

[1] Situationen med konkurrens mellan "ansvarsbärande" faktor och skadelidandes eget handlande har däremot ej tilldragit sig särskild uppmärksamhet.

[2] Andenæs, a.a. s. 270—277 om konkurrens mellan (samtidigt verkande) "tilregnelige og naturlige" orsaker. Ulf Persson, a.a. s. 235 ff., Karlgren, a.a. s. 38, JustR Lech i NJA 1950 s. 650.

formad i anslutning till reparationssynpunkten. Den reparativa funktionen spelar också en stor roll för hävningspåföljden, men samtidigt är det preventiva-repressiva momentet mer påtagligt än i skadeståndspåföljden. Det i hävningspåföljden ingående preventiva-repressiva momentet talar för att lägga ansvaret på säljaren. Eljest gör *han* ju en vinst genom köparens vårdslösa handhavande av godset.[3]

Lösningar som lägger hela förlusten på en av parterna är öppna för invändningen att andra parten då oförtjänt gör en vinst. Möjligen bör man i denna rätt ovanliga situation låta parterna dela på förlusten. Denna lösning har HD valt i en snarlik situation[4] och den är också i överensstämmelse med vad som gäller om flera skadevållares *inbördes ansvar*.[5] En sådan fördelning av skadan kan åstadkommas på olika sätt, genom att köparen får häva men betala ersättning motsvarande hälften av förlusten, genom att hävning icke tillåts men säljaren blir ersättningsskyldig för hälften av förlusten eller genom att köparen får behålla eller kan återkräva halva köpeskillingen.

[3] Vidare kan kanske anföras, att säljarens hävningsansvar inte lika klart som utomståendes skadeståndsansvar framstår som en begränsning av ägarens primära ansvar för skada som drabbar hans egendom. När en hävningsanledning inträffat, kan frågan om vem som egentligen skall betraktas som skadelidande vara föremål för viss tveksamhet. Jag har visserligen i det föregående intagit den ståndpunkten att köparens ansvar för godset bör vara lika omfattande som ägareansvaret i allmänhet, men det har då varit fråga om fall, där säljarens kontraktsbrott inte alls medverkat i förloppet. Vid orsakskonkurrens, där skälen för den ena eller den andra lösningen väger så jämnt, står jag inte främmande för att i ansvarsfrågan tillägga utslagsgivande betydelse åt att köparen genom en ensidig förklaring kan förändra den rättsliga situationen så att han undgår ägareansvaret för godset.

[4] NJA 1951 s. 271. En lagringskällare hade rasat ihop. Det levererade materialet hade varit felaktigt och dessutom hade fel begåtts vid uppmonteringen. Beträffande felet i godset hade talerätten upphört enligt 54 § KöpL, medan däremot säljarens ansvar för skada orsakad av den felaktiga uppmonteringen kvarstod. Det förelåg alltså konkurrens mellan en ansvarsbärande och en icke ansvarsbärande potentiell skadefaktor. Enligt sakkunnigutlåtande hade vardera av dessa faktorer varit tillräckliga för att åstadkomma raset. HD fann "att raset föranletts av ettdera av förenämnda fel eller av båda i förening samt att i förra fallet förefintligheten av det andra felet icke varit utan betydelse för skadans omfattning." I avsaknad av utredning ansågs felen i lika mån ha bidragit till skadan och säljaren förpliktades att gottgöra hälften av den uppkomna skadan.

[5] Se (angående medveten samverkan) plenimålet NJA 1937 s. 264. Regeln gäller också vid tillfällig samverkan, se Karlgren, a.a. s. 231.

B När medför köparens förfogande ersättningsskyldighet?

Vid bedömningen av vilken rättslig betydelse som bör tilläggas köparens förfogande över godset är enligt min uppfattning den centrala frågan: Vem av kontrahenterna — säljaren eller köparen — skall bära det ekonomiska ansvaret för därvid uppkommen skada? Ansvarsfrågan har utretts i det föregående vid undersökningen av när köparens förfogande utgör hinder för hävning. Jag hävdade då att säljarens *hävningsansvar*, liksom hans skadeståndsansvar, i princip bör begränsas till skada som står i *orsakssamband* med kontraktsbrottet eller med hävningspåföljdens genomförande. Härav följer att köparen skulle stå ansvaret för annan skada. På samma sätt måste man bedöma frågan om köparen — då förfogandet *icke* utgör hinder för hävning — skall ha *ersättningsansvar* för skada som uppkommit genom hans förfogande. Ersättningsansvar skulle således komma ifråga, då den genom förfogandet uppkomna skadan *icke* har orsakssamband med kontraktsbrottet eller med hävningspåföljdens genomförande.

Om denna bedömning av den centrala ansvarsfrågan varit allmänt accepterad, skulle det i detta avsnitt endast återstå att behandla omständigheter som talar för eller emot att utforma köparens ansvar som ett *ersättningsansvar* gentemot säljaren.

Min bedömning av ansvarsfrågan har emellertid inte accepterats som en grundläggande princip, vare sig det gäller frågan om förfogandet skall utgöra hinder för hävning eller frågan om ersättningsansvar för köparen. Man torde inte ens vara villig att utan vidare acceptera att *samma* princip läggs till grund för bedömningen av båda frågorna. Dessa uppfattas traditionellt som från varann skilda frågor, som skall lösas var för sig i tur och ordning. Fråga om ersättningsansvar uppkommer endast om köparen kan häva trots förfogandet. Den genom förfogandet uppkomna skadan anses då omedelbart drabba *säljaren*. Härigenom kommer frågan att gälla — inte hur långt säljarens hävningsansvar gentemot köparen sträcker sig — utan huruvida köparens förfogande är av sådant slag eller ägt rum under sådana förhållanden att det enligt eljest accepterade rättsgrundsatser medför ersättningsskyldighet gentemot den skadelidande säljaren.

Den närmast följande framställningen disponeras på följande sätt: Under 1 redogörs för köparens ersättningsansvar i de utomskandinaviska rättssystem som kontinuerligt beaktas i detta arbete. Under 2

redogörs för motsvarande bestämmelser eller eljest utbildade rättsregler rörande detta ansvar i svensk rätt, även innefattande doktrinens ståndpunkt. Under 3 utvecklar jag min egen principiella ståndpunkt i ersättningsfrågan — vilken i huvudsak är ett överförande av den principiella ståndpunkt i ansvarsfrågan som utvecklats ovan under I A 4 till ersättningsfrågan. Under 4 diskuteras huruvida ersättningsmetoden innebär några särskilda olägenheter för köparen (en motsvarighet till det problem som behandlats under A 7). Under 5 behandlas vinstgrundsatsen, som grund för köparens prestationsskyldighet vid hävning och som en bestämmande faktor vid fastställandet av ersättningsskyldighetens omfång.

1 I fransk rätt uppkommer fråga om ersättningsskyldighet för köparen när hans förfogande icke anses innebära något avstående från hävningsrätten.[1] Om avtalet hävs jämlikt den centrala hävningsregeln i art. 1184,[2] upphör de genom avtalet uppkomna förpliktelserna *retroaktivt*. Förhållandet skall återställas som om någon förpliktelse aldrig existerat.[3] Detta innebär i första hand återbäringsskyldighet för part som mottagit prestation. Hur denna återbäringsskyldighet skall fullgöras och konsekvenserna av att mottagen prestation icke kan återställas regleras i bestämmelserna om "répétition de l'indu", art. 1376 ff.[4]

Parternas prestationsskyldighet vid hävning grundas på "quasi-contrat". Med "quasi-contrat" avses en frivillig handling, som inte är ett löfte och inte heller rättsstridig men som ändock ådrar den handlande en förpliktelse.[5] Benämningen quasi-contrat är emellertid numera såtillvida vilseledande att man inom modern fransk doktrin genomgående tar avstånd från att förklara prestationsskyldigheten utifrån avtalsrättsliga grundsatser. Grunden för prestationsskyldigheten är inte att man

I. B. 1.

[1] Jfr ovan s. 246 f.

[2] Hävning enligt de särskilda garantireglerna vid fel i godset "action rédhibitoire" anses icke innebära något retroaktivt upphävande av avtalet, och här uppkommer ej fråga om ersättningsskyldighet för köparen eftersom *varje* förändring i godset som ej beror på dettas "mauvaise qualité" utgör hinder för hävning, jfr nedan s. 334.

[3] Se C.c. art. 1183 om den rättsliga betydelsen av ett avtalat resolutivt villkor. Hävningsregeln i art. 1184 bygger på teorin om det tysta resolutiva villkoret, se ovan 1 kap. under II B 1.

[4] På sätt och vis en motsvarighet till våra regler om condictio indebiti, ehuru med ett avsevärt vidsträcktare tillämpningsområde, eftersom ogiltighets- och hävningsfallen via retroaktivitetskonstruktionen dras in under regelns tillämplighetsområde.

[5] Se legaldefinitioner i art. 1370, 1371.

ur den prestationsskyldiges beteende kan utläsa någon vilja att förplikta sig. Som grund åberopas i stället att den prestationsskyldige skulle göra en obehörig *vinst* om han icke var återbärings- eller ersättningsskyldig.[6] Den på quasi-contrat grundade prestationsskyldigheten skall dock skiljas från vinstregler i snäv bemärkelse, "l'action de in rem verso".[7]

Art. 1376 ff. är tillämpliga ej blott vid hävning utan också vid ogiltighet och andra fall där prestation utgivits utan "cause". Den handling, quasi-contrat, som avses i hävningsfallen måste vara mottagandet av den prestation som utgetts i det numera upphävda avtalet. Den genom mottagandet grundade förpliktelsen innebär i första hand att mottagen prestation skall återbäras in natura. Frågan om förpliktelsen upphör, när ett återställande icke längre är möjligt, eller om den då omvandlas i ersättningsskyldighet, beror i viss utsträckning på om mottagaren *vid tidpunkten för mottagandet* kände till hävningsanledningen eller ej. Godtroende mottagare svarar inte för casus och godtroende mottagare, som vidareförsålt den mottagna saken, är endast skyldig att återställa den vid denna försäljning erhållna köpeskillingen.[8] För förstörelse eller försämring som uppkommit genom *hans vållande* ("sa faute"), svarar emellertid mottagaren enligt art. 1379 även om han var i god tro vid tidpunkten för mottagandet. Vid tolkningen av denna bestämmelse uppkommer samma problem som vid tolkningen av begreppet Verschulden i BGB § 351.[9] God tro *vid mottagandet* hjälper visserligen inte, men kan förstörelsen eller försämringen anses ha uppkommit genom mottagarens vållande även om denne *ännu vid tidpunkten för förfogandet* saknade kännedom om hävningsanledningen? Frågan har i fransk rätt inte tilldragit sig samma uppmärksamhet som motsvarande problem i tysk rätt. Många författare går förbi frågan. Att döma av de fåtaliga doktrinuttalanden jag kunnat finna tycks man anse att begreppet vållande i art. 1379 förutsätter kunskap om hävningsanledningen. Först vid sådan kunskap uppstår förpliktelsen att ta vård om det mottagna och utan förpliktelse ingen skuld.[1]

Huvudregeln att godtroende mottagare ej svarar för förstörelse

[6] Ripert et Boulanger, nr 1182 ff., Colin et Capitant, nr 398 f.
[7] Om "action de in rem verso" se Hellner, Obehörig vinst s. 69 ff.
[8] Art. 1379 andra st. (e contrarioslut) och art. 1380 (ang. vidareförsäljning).
[9] Se ovan s. 251 f.
[1] Planiol et Ripert VII, s. 33 n. 2 med hänvisningar till äldre litteratur, "cet article semble, sans distinction, rendre l'*accipiens* responsable de la perte qui lui est imputable. Mais tant qu'il est de bonne foi, il n'est pas tenu de conserver la chose et ne peut être fautif." Colin et Capitant (se nr 403) och Ripert et Boulanger (se nr 1260) förbigår frågan.

eller försämring av den mottagna prestationen gäller inte vid penningprestationer. Här är återbäringsskyldigheten generiskt bestämd och kvarstår oavsett vad som hänt med de mottagna tingen.[2] Satsen genus non perit gäller även vid bestämmande av vinstkrav i snävare bemärkelse.[3]

Även i *engelsk rätt* kan ersättningsskyldighet grundas på quasi-contract.[4] Quasi-contracts i engelsk rätt avser betalningsskyldighet i skiftande situationer, vilka inte har mycket mer gemensamt än att betalningsskyldigheten ej kan grundas på avtal och ej heller på skadegörande handling. Den numera förhärskande uppfattningen i engelsk rätt är att betalningsskyldigheten i dessa fall grundas på skälighetsöverväganden med anknytning till obehörig vinst ("unjustifiable enrichment"). Detta innebär emellertid inte att den på quasi-contract grundade prestationsskyldigheten är begränsad på det speciella sätt som vi förbinder med grundsatsen om obehörig vinst, alltså till den "behållna" vinsten. Säljarens skyldighet att vid hävning återställa den mottagna köpeskillingen hänförs till de quasi-kontraktsrättsliga förpliktelserna, men avser hela den mottagna köpeskillingen, ej blott den del därav som finns i behåll i den ena eller den andra bemärkelsen.[5]

Om betalningsskyldigheten grundas på att den betalningsskyldige mottagit eller eljest tillgodogjort sig gods eller tjänster, skall talan avse "quantum valebant" eller "quantum meruit", d v s "a reasonable renumeration" för den mottagna prestationen.[6] Sådan talan förekommer i två från varandra artskilda varianter, en rent kontraktsrättslig och en utomobligatorisk. Ingendera kan emellertid komma ifråga i hävningssituationen. Den kontraktsrättsliga varianten kan användas endast då man ur den betalningsskyldiges handlande kan utläsa ett löfte att utge vederlag, men där storleken av detta vederlag lämnats obestämd. Som exempel kan nämnas säljarens rätt att vid köp, där bestämt pris ej avtalats, utfå "a reasonable price".[7] Inte heller den utomobligatoriska varianten kan användas. Denna typ av talan förutsätter att det inte (längre) finns någon (giltig) överenskommelse mellan parterna angå-

[2] Planiol et Ripert VII, nr 746 b med hänvisningar till äldre litteratur, Ripert et Boulanger, nr 1256.
[3] Planiol et Ripert VII, nr 753[3], Hellner, Obehörig vinst s. 81.
[4] Allmänt om quasi-contracts i engelsk rätt, historisk utredning, rättsgrund, m m se Hellner, a.a. s. 88 ff.
[5] Om rätt att återfå erlagd prestation vid "failure of consideration" se Chitty, General Principles nr 1580 ff., Chesire and Fifoot, s. 596 ff., Wilson, s. 487 ff.
[6] Om talan om utfående av "quantum meruit" se Chesire and Fifoot, s. 605 ff., Wilson, s. 497 ff.
[7] Se SGA Sect. 8 (2).

ende vederlaget.[8] I hävningssituationen finns det en sådan överenskommelse, nämligen överenskommelsen att mot utfående av hela prestationen utbetala det överenskomna vederlaget, kompletterad med regeln att part inte är skyldig att utbetala *någon del* av vederlaget utom mot hela den överenskomna prestationen.[9] Man anser tydligen att utomobligatorisk ersättningsskyldighet i hävningssituationen skulle innebära ett otillåtet avsteg från denna regel.

BGB:s utförliga reglering av påföljden Rücktritt täcker även ersättningsfrågan. Om mottagen prestation inte finns i behåll, skall den återbäringsskyldige jämlikt BGB § 347 utge ersättning för dess värde vid tiden för mottagandet. Denna regel modifieras dock avsevärt genom att § 327 andra punkten är tillämplig, när hävning sker på grund av lag (ej på grund av avtal härom). Jämlikt § 327 andra punkten skall, då hävning beror på omständighet som *den hävandes motpart* "nicht zu vertreten hat", *dennes* ersättningsskyldighet vara begränsad till den behållna vinsten. Denna bestämmelse har vållat en hel del huvudbry. Det har t o m påståtts att bestämmelsens formella innehåll skulle bero på en ren felskrivning vid textens utarbetande! I själva verket skulle lagstiftaren ha avsett att begränsa *den hävandes* ersättningsskyldighet.[1] Hur som helst skall bestämmelsen enligt doktrin och praxis tillämpas till förmån för *borgenären*.[2] Köparen, som — oaktat han inte kan återställa godset oförändrat — häver köpet, skall alltså endast utge den behållna vinsten. När köparens oförmåga uppkommit genom hans eget förfogande, utgör den i regel hinder för hävning enligt § 351 och tillämpning av § 327 andra punkten kommer således ifråga (förutom i casusfallen) endast då den åstadkomna förändringen *icke är tillräckligt väsentlig* för att utgöra hinder för hävning. Denna rättstillämpning motiveras med att det står i överensstämmelse med andemeningen i § 327 och i hävningsreglerna över huvud att tillämpa § 327 andra punkten till förmån för den part, som icke kan lastas för kontraktsbrottet och som skall skyddas genom hävningspåföljden.[3] Också skuldtanken, förkastad vid

[8] Se Chesire and Fifoot, s. 487, Chitty, General Principles nr 1038.

[9] Jfr ovan s. 15 n. 3. Obs dock att man i speciella sammanhang gör avsteg från denna huvudregel, se ovan s. 16 vid n. 6 om conditions and warranties, s. 143 ff. om "divisible contracts", s. 277 f. om substantial performance. Treitel framför kritik mot regeln att ersättning ej kan utgå vid hävning och föreslår utsträckt tillämpning av de särskilda reglerna om frustration, se Treitel i 30 M.L.R. s. 141 ff. och jfr nedan under III om frustration.

[1] Wolf a.a., s. 98 n. 7.

[2] A.a. s. 97.

[3] A.a. s. 97 f.

tolkningen av § 351, åberopas.[4] Man tycks inte mer allmänt ha reflekterat över det egendomliga i att köparen, som ju med den allmänt accepterade tolkningen av § 351 bär det ekonomiska ansvaret för skada som uppkommit genom hans förfogande, helt undgår sådant ansvar, om bara skadan icke är tillräckligt omfattande för att motivera förlust av hävningsrätten.[5]

2 I köplagen finns icke någon bestämmelse om köparens eventuella ersättningsskyldighet, då godset icke kan återställas oförändrat. Emellertid har lagstiftaren förutsatt att sådan ersättningsskyldighet föreligger åtminstone i en typsituation, nämligen då förfogandet skett under sådana omständigheter att en väsentlig förändring i godset skulle ha utgjort hinder för hävning, men den inträffade förändringen ej är tillräckligt väsentlig för att utlösa denna rättsföljd.[1] Att köparen i denna situation är ersättningsskyldig antas också inom doktrinen.[2] I frågan om ersättningsskyldighet föreligger, då förfogandet *ej* skett under sådana omständigheter att en därvid uppkommen *väsentlig* förändring i godset skulle ha utgjort hinder för hävning, har köplagens upphovsmän icke gjort något uttalande.[3]

Man får då undersöka om skandinavisk rätt har utvecklat någon mer *generell regel* om godtroende besittares ersättningsskyldighet, då han genom eget handlande satt sig ur stånd att återbära mottagen prestation eller om det finns någon mer speciell regel om godtroende besittares ersättningsskyldighet, då prestation skall återställas av annan anledning än köpets hävande, från vilken man kan dra ett *analogislut*.

Ovan redogjordes för reglerna i fransk rätt om ersättningsskyldighet grundad på "quasi-contrats", vilka är tillämpliga i samtliga fall då

[4] Larenz I, § 25 1 b "Der Käufer, der nicht weiss, dass ihm der Verkäufer das Eigentum nicht verschaffen konnte, hat keinen Anlass, im Hinblick auf die Möglichkeit eines Rücktritts mit "seiner" Sache sorgsam umzugehen oder sie ordnungsgemäss zu bewirtschaften."

[5] Se dock Mezger, a.a. s. 68, som anser att den förhärskande tolkningen av BGB §§ 350, 351 ej står i överensstämmelse med de berikelserättsliga grundsatser som begränsar den hävandes ersättningsskyldighet.

I. B. 2.

[1] Se kommitténs uttalande i anslutning till väsentlighetsregeln i 57 §, NJA II 1906 N:r 1 s. 98. "Säljarens intressen måste anses tillräckligt tillgodosedda genom den självklara rätt, som tillkommer honom att vid köpeskillingens återlämnande göra afdrag för den minskning i värde godset må hafva undergått." Jfr D Mot. s. 82 a.

[2] Almén, § 57 vid n. 112.

[3] Någon e contrariotolkning av det i nästföregående not återgivna uttalandet kan inte komma ifråga.

en prestation utgivits och mottagits "sans cause" och ej kan återställas. Någon motsvarighet till dessa regler finns inte i skandinavisk rätt. Tydligen har man ansett att de ifrågavarande situationerna är så olikartade att de inte kan underkastas en gemensam reglering.

Däremot finns i skandinavisk rätt en tendens att sammanföra hävningspåföljden med andra rättsföljder, vilka också innebär att utlovade prestationer i ett ömsesidigt förpliktande avtal ej skall erläggas eller återställas.[4] Det antas att hävningspåföljden har i huvudsak samma innehåll som återgångspåföljden vid t ex ogiltighet. I sin monografi om återgångspåföljden antar Bramsjö visserligen att i återgångspåföljden ingående specialdirektiv (regler om ersättningsskyldighet är sådana specialdirektiv) varierar "något" alltefter beskaffenheten av återgångsanledningen. Han fäster dock inte särskilt avseende vid om återgångsanledningen hänför sig till *själva avtalet,* såsom t ex ogiltighetsgrunderna i avtalslagens tredje kapitel eller till *oriktig uppfyllelse av avtalet.*[5] Enligt min uppfattning måste man fästa stort avseende vid denna skillnad. Då återgångsanledningen är ett moment i avtalet riktas återgångspåföljden mot avtalet, vars innehåll lagstiftaren inte vill tolerera. Då återgångsanledningen är ett kontraktsbrott, är återgångspåföljden ej riktad mot avtalet, vars innehåll tvärtom skyddas genom det köprättsliga påföljdssystemet, utan mot kontraktsbrottet. Denna skillnad med avseende på återgångspåföljdens avsedda funktion måste påverka påföljdens utformning och är möjligen av så avgörande betydelse, att hävningspåföljden inte bör föras in under samlingsbegreppet återgång. Det kan emellertid inte förnekas att ersättningsfrågan vid hävning har vissa beröringspunkter med ersättningsfrågan, då återgångsanledningen hänför sig till avtalet. Utifrån bestämmelser om ersättning, då prestation som utgivits enligt ett ogiltigt avtal ej kan återställas, skulle man — försiktigt och med beaktande av hävningspåföljdens särart — kunna dra vissa slutsatser angående hävande köpares ersättningsskyldighet. Några sådana bestämmelser finns emellertid inte. I avtalslagens ogiltighetskapitel har lagstiftaren utförligt uppehållit sig vid förutsättningarna för återgångspåföljdens inträde men ej givit några anvisningar om påföljdens utformning. Vid en viss ogiltighetsanledning, omyndighet, är ersättningsfrågan emellertid utförligt reglerad. Den myndige kontrahentens

[4] Jfr ovan 1 kap. s. 4 f. Vissa teorier angående hävningens rättsgrund, i skandinavisk rätt särskilt uppfattningen att kontraktsbrottet skall uppfattas som en bristande förutsättning och behandlas som en sådan, tenderar att sudda ut gränsen mellan hävningsrättsföljden och ogiltighetsrättsföljden.

[5] Bramsjö, s. 19 ff., där ocker- och bedrägerifall sammanförs med kontraktsbrottsfallen.

ersättningsskyldighet avser hela värdet av det mottagna, oavsett hur och när skadan inträffat, medan den omyndiges ersättningsskyldighet är begränsad till motsvarande den "nytta" han haft av det mottagna.[6] Återgångspåföljdens utformning i omyndighetsfallen har emellertid bestämts av dess funktion att skydda den omyndige från alla civilrättsliga följder av ett ekonomiskt oförnuftigt handlande. Någon motsvarande funktion har ju inte hävningspåföljden. Från omyndighetsreglerna kan alltså inte dras några slutsatser om en hävande köpares ersättningsskyldighet.

I detta läge har doktrinen stannat för att tillämpa *skuldtanken.*[7] Förfogandet kan medföra ersättningsskyldighet motsvarande skadan endast om köparen genom förfogandet på ett klandervärt sätt underlåtit att tillvarata säljarens intresse i godset. Så länge köparen *inte känner till hävningsanledningen,* har han inte heller någon skuld till den skada som genom förfogandet drabbar säljaren och ådrar sig ingen ersättningsskyldighet.[8] Denna ståndpunkt är en naturlig konsekvens av doktrinens uppfattning i frågan om när förfogandet utgör hinder för hävning. Om förfogandet inte bör utgöra hinder för hävning, eftersom köparen inte bör få sin rättsställning försämrad på grund av ett handlande, som icke kan förebrås honom, så bör han inte heller åläggas ersättningsskyldighet. Det skulle vara att ge med den ena handen och ta tillbaka med den andra.

3 Skuldtanken är emellertid lika ohållbar då den används för att lösa ersättningsfrågan, som då den används för att avgöra när förfogandet skall utgöra hinder för hävning. Roten till det onda är fiktionen om hävningens retroaktiva effekt, som leder till att skada å godset — även om den inträffar före en verksam hävningsförklaring — anses drabba *säljaren.*[9] Frågan om vem som skall bära det ekonomiska ansvaret för denna skada formuleras som en fråga huruvida köparen kan åläggas ersättningsskyldighet för skada, som genom hans förfogande drabbat *annan person.* Ser man saken på detta sätt, är det naturligt att

[6] FB 9: 7 första st. 2 p. Denna till "nyttan" begränsade ersättningsskyldighet utgör en medveten tillämpning av vinstgrundsatsen, se Walin, Föräldrabalken s. 202.

[7] Kompletterad med grundsatsen om obehörig vinst, se nedan under 5.

[8] Almén, § 58 vid n. 76a—80. Bramsjö, s. 232—234, tycks däremot förutsätta att köparen ej undgår ersättningsskyldighet, då hans åtgärder kan betecknas som "vårdslösa", och att ersättning utgår främst i de fall där säljaren indirekt orsakat skadan. Tankegången preciseras dock icke närmare, och B. tar inte uttryckligen avstånd från Alméns uppfattning.

[9] Jfr ovan s. 259.

fordra ett moment av "skuld" hos den ifrågasatt ansvarsgrundande handlingen. Hävningens retroaktiva effekt är emellertid bara en fiktion, som beskriver det förhållandet att hävningsrättsföljden avser även redan utgivna prestationer. Hävningsrättsföljden inträder icke förrän i och med en verksam hävningsförklaring. Skada å godset, som inträffar dessförinnan, drabbar i första hand *köparen*. Det förvirrande är att köparens ansvar för denna skada, då köpet hävs på grund av ett kontraktsbrott, måste utkrävas i form av ersättningsskyldighet gentemot säljaren. Ersättningsskyldighet innebär ju eljest att ansvar för skada, som drabbat *annan person*, överförs på den ersättningsskyldige. Att köpares ansvar för skada, som i första hand drabbat honom själv, måste utkrävas i form av ersättningsskyldighet beror på att hävningspåföljdens genomförande (utan kompletterande ersättningsskyldighet) innebär att *all* skada å godset, oavsett hur den uppkommit, överförs på säljaren. Dennes hävningsansvar måste emellertid såsom tidigare utvecklats vara begränsat till skada som står i orsakssamband med kontraktsbrottet. En sådan begränsning av säljarens hävningsansvar uppnås genom att köparen blir ersättningsskyldig för varje värdeminskning i godset som uppkommit utan samband med kontraktsbrottet. Köparens ersättningsskyldighet skall alltså inte uppfattas som en skyldighet att ersätta skada, som han genom sitt förfogande åsamkat annan, utan som *en begränsning av säljarens hävningsansvar*.[1]

I .B. 3.

[1] Jfr ovan s. 259. Jfr också Karlgren, Om skadeståndsskyldighet vid ogiltiga avtal begränsad till det "negativa kontraktsintresset" (Avtalsrättsliga spörsmål s. 7 ff.). K. undersöker i detta arbete i vad mån man i syfte att mildra verkningarna av en inträdande ogiltighetspåföljd bör erkänna ett begränsat skadeståndsansvar till förmån för en godtroende eller eljest rättsskyddsbehövande kontrahent. En genomgående tanke i arbetet är att ett sådant skadeståndsansvar bör uppfattas som ett instrument att justera ogiltighetspåföljdens alltför stränga verkningar gentemot den av parterna som måste finna sig i att avtalet går åter. Den omyndiges ersättningsskyldighet enligt FB 9: 7 skall betraktas som ett "minus" i förhållande till den förmån som ogiltighetspåföljden ur hans synpunkt innebär (s. 9). Syftet med den sinnesrubbades strikta ansvar enligt andra stycket i 1924 års lag om verkan av avtal, som slutits under inflytande av rubbad självverksamhet är att "bryta udden av en ur omsättningens och rättssäkerhetens synpunkt i och för sig betänklig ogiltighetspåföljd" (s. 21). Av samma skäl förordar K. ett mer strikt ansvar för avsändaren vid ogiltighet enligt 32 § andra st. AvtL (s. 27 ff.). Nämnda bestämmelse bygger på den s k deliktsteorin, enligt vilken man fordrar culpa eller dolus för att ett beteende in kontrahendo skall medföra ersättningsskyldighet (alltså en motsvarighet till "skuldtanken"). Att ersättningsskyldighet är önskvärd som en "motvikt" till ogiltighetspåföljdens ogynnsamma effekt för en av parterna är emellertid enligt K. "en alldeles tillräcklig rättsgrund" för att bortse från de inskränkningar i skadeståndsansvaret som eljest förekommer (s. 30).

Tillvägagångssättet vid bestämmandet av säljares ansvar för skada, uppkommen genom köparens förfogande över godset, har utvecklats ovan under A. Säljarens ansvar omfattar *icke* skada som uppkommit *uteslutande* genom ett sådant förfogande. Om hävningsrättsföljden inträder, oaktat en sådan skada är förhanden, måste den alltså kompletteras med ersättningsskyldighet.

Ett par HD-avgöranden stöder min uppfattning: I NJA 1949 s. 750 förpliktades köparna, vid återgång av ett bilköp på grund av fel i godset, att till säljaren utge "ett skäligt belopp" för att de använt bilen. Åtminstone huvudparten av denna användning hade skett före det köparen upptäckt eller bort upptäcka felet. JustR Karlgren ville bestämma anspråket till den *värdeminskning* bilen undergått genom köparnas användning. NJA 1941 s. 159 gällde återgång av köp av en affärsrörelse. Oaktat rörelsen gått med förlust, fick köparen betala hyra för affärslokalen fram till stämningsdagen. Ett av köparen framställt yrkande om skadestånd ogillades på den grund att förlusten i väsentlig del berott på hennes bristande förmåga att sköta rörelsen.

Då förfogandet skett *före* hävningsförklaringen skall ersättningsskyldigheten avse den genom köparens förfogande uppkomna *värdeminskningen* i godset, ej någon säljarens skada. Ersättningsskyldigheten omfattar alltså inte det särskilda intresse i godset, som säljaren undantagsvis kan ha. För en på detta sätt begränsad ersättningsskyldighet använder Rodhe termen "värdeersättning".[2]

Annorlunda förhåller det sig om förfogandet skett efter hävningsförklaringen. Förfogandet utgör då ett brott mot en i och med hävningsförklaringen uppkommen förpliktelse att handha godset så att det i oförändrat skick kan återställas till säljaren, och medför enligt huvudregeln om skadestånd i kontraktsförhållanden skyldighet att ersätta säljarens skada.[3]

4 Under A 7 diskuterades huruvida det fanns några särskilda skäl som talade emot att utkräva köparens ansvar för skada genom att avstänga honom från hävningspåföljden och hänvisa honom till andra påföljder. På motsvarande sätt måste det undersökas om det finns särskilda skäl som talar emot att utkräva ansvaret i form av ersättningsskyldighet gentemot säljaren.

[2] Rodhe, Obligationsrätt, § 49 A. Observera att det bara är termen jag lånar. Rodhe har inte påstått att köparen i hävningssituationen skall utge värdeersättning.
[3] Se NJA 1932 s. 308, refererat nedan s. 312 f. Den ersättningsskyldighet som åladdes köparen omfattade det övervärde som godset hade i säljarens hand.

I tysk rätt förhåller det sig faktiskt så att någon ersättningsskyldighet (motsvarande värdet) ej åvilar köparen ens då hans förfogande skulle ha utgjort hinder för hävning, om det varit mer omfattande. Sådan ersättningsskyldighet anses icke kunna åläggas den part som är utan skuld i köpets hävande och som skall gynnas genom hävningspåföljden.[1] Möjligen sammanhänger denna ståndpunkt med att det i det ena fallet är fråga om borgenären skall få utöva viss rättighet och i det andra fallet om att ålägga honom en förpliktelse. Denna skillnad är dock *endast formell.* Ersättningsskyldighet behöver inte innebära skyldighet att utge något kontantbelopp, och förlust av hävningsrätten kan å andra sidan innebära sådan skyldighet, nämligen om köpeskillingen inte är betald. I båda fallen regleras förhållandet genom att säljaren eller köparen till andra parten utger visst belopp i pengar. Vid hävning skall köparen dessutom ställa godset till säljarens förfogande, om detta finns i behåll och har något värde. Om köpeskillingen är betald innebär ersättningsmetoden att säljaren drar av ersättningsbeloppet när han återbetalar köpeskillingen. Förlust av hävningsrätten innebär i samma situation att säljaren endast är skyldig att utge ett belopp motsvarande den genom kontraktsbrottet uppkomna värdeminskningen i godset (prisnedsättning) eller skadan (skadestånd). Om köpeskillingen icke är betald, innebär ersättningsmetoden att köparen till säljaren skall utbetala ett belopp motsvarande den värdeminskning i godset som uppkommit genom hans förfogande (samt naturligtvis återställa godset i den mån detta finns i behåll). Om förfogandet utgör hinder för hävning, är köparen skyldig att till säljaren utge köpeskillingen med avdrag för prisnedsättning eller skadestånd.

Mot ersättningsskyldighet som en metod att utkräva köparens ansvar för skada uppkommen genom hans förfogande kan alltså inte invändas att dess genomförande för köparen skulle vara alltför betungande.

Ett förfogande, som skett under sådana omständigheter att det med hänsyn till den grundläggande ansvarsprincipen kan utgöra hinder för hävning, skall — om andra hänsyn talar emot att beröva köparen hävningsrätten — medföra ersättningsskyldighet. De båda rättsföljderna förlust av hävningsrätten och ersättningsskyldighet för köparen är två metoder att åstadkomma samma resultat i den grundläggande ansvarsfrågan och ifrågakommer således *vid samma typ av förfogande.*

[1] Se ovan s. 288.

Vid en viss typ av förfogande som — åtminstone vid mindre väsentliga kontraktsbrott — kan tänkas utgöra hinder för hävning, är emellertid hävning i kombination med ersättningsskyldighet för köparen icke något tänkbart alternativ. Det gäller förfoganden som nedsätter godsets marknadsvärde, men ej dess värde för köparen.[2] Förlusten av hävningsrätten grundas här icke på att förfogandet medför en skada, som genom hävningspåföljden skulle överföras på säljaren. Förfogandet i och för sig medför ej skada. Denna uppkommer först genom att hävningen medför att godset hamnar hos den av kontrahenterna, som ej kan tillgodogöra sig dess potentiella värde. Att man här intar en restriktiv hållning till hävningspåföljden motiveras av att denna påföljd är särskilt betungande för säljaren utan att köparen har något motsvarande intresse av dess genomförande, och på sätt och vis innebär ett slöseri med skapade värden. Detta förhållande kan emellertid inte grunda någon ersättningsskyldighet för köparen, om hävning ändock sker (såvida ej förfogandet skett efter det han fått vetskap om hävningsanledningen). Det är ju här fråga om en skada som, när den uppkommer (i och med hävningsrättsföljdens genomförande), omedelbart drabbar säljaren. Det finns icke någon grund för att köparen skulle vara ersättningsskyldig för denna skada. Om hävning icke tillåts, undviker man skadan, men om hävning sker och skada således inträffar, så skall den bäras av säljaren.

5 Doktrinen vill inte, då förfogandet skett i god tro, ålägga köparen någon ersättningsskyldighet motsvarande värdet av gods, som mottagits och inte kan återställas, eller genom förfogandet uppkommen värdeminskning i godset. Däremot förordar man — ehuru med viss tveksamhet — att ersättning motsvarande en uppkommen *"obehörig vinst"* skall utgå.[1]

Obehörig vinst såsom rättsgrund för prestationsskyldighet och såsom ett mått på betalningsskyldighetens omfattning är ett i skandinavisk rätt jämförelsevis sällan begagnat institut.[2] Hävnings- och ogiltighetsrättsföljdens innehåll har i stort sett utformats fristående från vinstregler.

Återbäringsskyldigheten uppfattas i skandinavisk rätt som ett i

[2] Se ovan s. 261.

I. B. 5.

[1] Almén, § 58 n. 82—87 med hänvisningar. Rodhe, § 37 vid n. 50, Bramsjö, s. 233, Ussing, Køb § 18 I B 1, Hasle og Nebelong, s. 314.

[2] Hellner, Obehörig vinst s. 125 och i Sammanfattning och slutsatser s. 395—397.

hävnings- eller ogiltighetsrättsföljden *ingående element,* ej som en indirekt följd av avtalets återgång, grundad på att den som mottar en prestation enligt ett avtal, som sedermera återgår, gör en obehörig vinst. Man fäster sig inte vid att den i återgångspåföljden ingående prestationsskyldigheten, skyldigheten att återbära mottagen prestation, ju ej kan grundas på avtal eller rättsstridig handling, och man har inte känt något behov av att tillgripa vinstgrundsatsen som en "rättsgrund" för återbäringsskyldigheten.[3]

I återbäringsskyldigheten inkluderas skyldighet att utge avskiljbar egendom, som trätt i stället för den egendom som skulle återbäras, t ex försäkringsersättning eller vad som influtit vid en auktionsförsäljning av godset enligt köplagens bestämmelser. Rätten till sådan "surrogatprestation" räknas knappast till vinstkraven.[4]

Tillvägagångssättet vid fastställande av om en obehörig vinst uppkommit och hur stor denna är erbjuder en rad problem. Redan frågan om *när och hur* vinsten uppkommer i den här aktuella situationen, då vinstersättning träder i stället för skyldighet att utge mottagen naturaprestation, erbjuder problem.

I tysk rätt anses, åtminstone för ogiltighetsfallens vidkommande, att vinst uppkommer redan i och med mottagandet av naturaprestationen.[5] Vinsten motsvarar då värdet av det mottagna. Ersättningsskyldigheten är emellertid begränsad till *den behållna* vinsten. Denna princip innebär att senare inträffade förluster, som har ett direkt samband med vinsten, får dras av vid beräkning av ersättningsskyldigheten.[6] Tillämpad på förfoganden, som utplånar godsets värde men som samtidigt medför en ökning av köparens övriga förmögenhet, innebär principen att ersättningen är begränsad till denna förmögenhetsökning.

Denna konstruktion kan, om man begagnar sig av retroaktivitetsfiktionen, överföras till hävningsfallen. Man ser saken som om något bindande avtal aldrig existerat. Genom att köparen ändock förvärvar godset, uppstår för honom en vinst och ersättning motsvarande vad

[3] Enligt Hellner, a.a. s. 153, bör man inte betrakta något fall av naturalrestitution som ett vinstkrav.

[4] Rodhe, § 5.4., tar upp skyldigheten att utge surrogat som en särskild kategori. Om skyldigheten att vid hävning erlägga surrogat se § 37 n. 41—52. Gränsen mellan skyldigheten att utge surrogat och vinstersättning är emellertid flytande. R. betecknar sådan vinst som träder i stället för en prestation, som skolat återställas om den funnits i behåll, som ett slags surrogat.

[5] Se Hellner, a.a. s. 47 ff. om "prestationskondiktionerna".

[6] Om den i tysk rätt gällande principen att vinstersättning är begränsad till den "behållna vinsten", se Hellner, a.a. s. 43 (nederst) f.

som finns i behåll av denna vinst skall utges. En majoritet inom tysk doktrin uppfattar BGB:s regler om Rücktrittspåföljdens innehåll som ett slags modifierade vinstregler.[7]

Denna konstruktion kan emellertid inte godtas, främst därför att den behandlar avtalets retroaktiva upphävande som en realitet. Även i detta sammanhang måste man fasthålla att godset är köparens till dess hävningsrättsföljden verkligen inträtt. Förvärv av godset kan icke för honom konstituera någon "obehörig vinst" utan sker i enlighet med avtalet. Inte heller vid tidpunkten för ett förfogande, som utplånar eller minskar godsets värde men samtidigt avsätter ett surrogat eller en ökning av köparens övriga förmögenhet, uppkommer någon obehörig vinst, i regel inte någon vinst över huvud taget. Så länge köpet icke är hävt, innebär utplånandet eller minskningen av godsets värde en minskning av köparens förmögenhet, och om vad som trätt i dess ställe icke är mer värt än godset, uppkommer ingen vinst. Om köparens förfogande verkligen är vinstbringande d v s ger ett utbyte, som överstiger godsets värde, är vinsten icke "obehörig", eftersom köparen fortfarande har full rätt att förfoga med godset hur han vill. I dessa fall har köparen för övrigt icke något intresse av att utnyttja sin hävningsrätt, såvida icke också köpeskillingen överstiger godsets värde.

Vinsten uppkommer i själva verket först i och med att hävningsrättsföljden inträder. Denna innebär en rättslig förändring av den föreliggande situationen, som i ekonomiskt avseende innebär att köparens förmögenhet ökar medan säljarens minskas i motsvarande mån. Att en sådan förmögenhetsförskjutning till köparens förmån skall uppkomma har emellertid lagstiftaren avsett. Det kan inte vara fråga om att ålägga köparen ersättningsskyldighet motsvarande denna förmögenhetsförskjutning och på så sätt neutralisera den avsedda ekonomiska effekten av hävningsrättsföljden.

Hur skall man då gå tillväga för att fastställa i vad mån hävningen medfört en "obehörig" vinst för köparen? Vinstberäkning och skadeståndsberäkning har många likheter. I båda fallen utgår man från det läge som uppkommit i och med den ifrågasatt ersättningsgrundande omständigheten, och jämför detta med det som skulle ha uppkommit i ett hypotetiskt händelseförlopp.[8] Skillnaden utgör vinsten respektive skadan. Vid vinstberäkning skall man emellertid — här ligger den princi-

[7] Wolf, a.a. s. 102 ff.

[8] Om olika metoder för fastställande av huruvida vinst uppkommit, besparing av sedvanlig ersättning, besparing av annat slag, ökning av gäldenärens förmögenhet i dess helhet o s v, se Hellner, a.a. om "Vinstrekvisitet", s. 150—170.

piella skillnaden jämfört med skadeståndsberäkning — utgå från *den ersättningsskyldiges förmögenhetssituation.* Utgångspunkten är alltså, då fråga är om den hävande köparen gjort en obehörig vinst, dennes förmögenhetssituation sedan hävningsrättsföljden inträtt. Men vilket hypotetiskt händelseförlopp skall då läggas till grund för jämförelsen? Vid skadeståndsberäkning (och även i andra fall av vinstberäkning) tänker man bort den ifrågasatt ersättningsgrundande omständigheten. På motsvarande sätt kan man inte gå tillväga i det här aktuella fallet. Det är ju själva hävningspåföljden som ger upphov till vinsten, men eftersom hävningens ekonomiska effekt åtminstone delvis är avsedd, får hävningen inte uteslutas ur det hypotetiska händelseförloppet. Det är inte fråga om att fastställa den genom hävningen uppkomna ekonomiska vinsten för köparen utan hur stor del av denna vinst som är obehörig. Frågan kommer då att gälla vad som är hävningens avsedda ekonomiska effekt. I anslutning till denna måste det hypotetiska händelseförloppet konstrueras för att man skall få fram hur stor del av vinsten som är obehörig. Enligt den uppfattning som omfattas av den skandinaviska doktrinen är hävningens avsedda ekonomiska effekt att återställa borgenärens ekonomiska situation som den skulle varit om han inte ingått avtalet. Det är alltså denna händelse, avtalet, som ej skall tas med i det hypotetiska förloppet. Till den del borgenärens ekonomiska situation, sedan hävningsrättsföljden inträtt, är bättre än den skulle ha varit om något avtal aldrig ingåtts, är hävningspåföljdens ekonomiska effekt icke avsedd och följaktligen "obehörig". Sådan obehörig vinst föreligger, om konsumtion eller värdeminskande användning av godset medfört en ökning av köparens övriga förmögenhet, och den består just av denna ökning.

Ersättningsfrågan anses emellertid inte vara löst i och med att man kan konstatera att hävningen i dessa fall ger upphov till en vinst, som är obehörig åtminstone i den betydelsen att den går *utöver* hävningens avsedda ekonomiska effekt. Doktrinens tveksamma och försiktiga hållning i ersättningsfrågan torde avspegla uppfattningen, att ersättningsskyldigheten skulle vara beroende av om det finns någon gällande rättsregel med innehåll att ersättning motsvarande sådan obehörig vinst skall utges av den riktade. Nu torde det emellertid förhålla sig så att det utmärkande för institutet obehörig vinst såsom *grund* för ersättningsskyldighet endast är att ersättningsskyldigheten beror på andra omständigheter än ett löfte eller en rättsstridig handling. Sådan ersättningsskyldighet kan ifrågakomma i en rad fall som sinsemellan är så olika, att en gemensam regel, som innefattar en närmare bestämning av

begreppet obehörig och eventuella andra förutsättningar för ersättningsskyldigheten, icke kan uppställas. Frågan om ersättning vid hävning kan sålunda inte lösas utifrån någon erkänd generell vinstgrundsats utan gäller en rimlig lösning av den specifika intressekonflikt som föreligger i hävningssituationen.[9] En skyldighet att utge ersättning motsvarande "den obehöriga vinsten" kan då snarare härledas ur återbäringsskyldigheten och skyldigheten att återbära influten surrogatprestation. Den genom förfogandet uppkomna ökningen i köparens övriga förmögenhet kan uppfattas som ett substitut för godset, ehuru den inte är avskiljbar utan endast framträder som en differens mellan ett faktiskt och ett tänkt förmögenhetsläge. Grunden för ersättningsskyldigheten är densamma som för återbäringsskyldigheten.

I själva verket torde den av doktrinen förordade ersättningsskyldigheten, liksom den ersättningsskyldighet jag förordar, endast innebära en *begränsning i säljarens hävningsansvar*. En ersättning begränsad till "vinsten" avspeglar uppfattningen, att hävningens avsedda ekonomiska effekt och följaktligen också säljarens ansvar avser avtalets ekonomiska konsekvenser. Jag menar emellertid att hävningens avsedda ekonomiska effekt måste vara begränsad till *kontraktsbrottets* ekonomiska följder. Det är här den grundläggande skillnaden i förhållande till den gängse uppfattningen ligger. Det är denna begränsning av säljarens hävningsansvar som ligger till grund för den ersättningsskyldighet motsvarande värdeminskningen, som jag förordar. Denna uppfattning kan emellertid också uttryckas som ett vinstresonemang. För att utröna om köparen genom hävningen gör en "obehörig vinst" skall hans förmögenhetsställning efter hävningspåföljdens genomförande jämföras med hans förmögenhetsställning sådan den skulle ha varit om avtalet uppfyllts kontraktsenligt. Den skillnad som därvid uppkommer kan, eftersom den går utöver hävningspåföljdens avsedda ekonomiska funktion, betecknas som en obehörig vinst för köparen. En sålunda beräknad vinst kommer emellertid att sammanfalla med den genom förfogandet uppkomna värdeminskningen i godset och kallas därför lämpligen värdeersättning.[10]

[9] Se Hellner, a.a. s. 203 ff. om den betydelse som tillkommer en generell rättsregel med innehåll att "obehörig vinst" skall utges av den riktade. En sådan regel löser inga konkreta intressekonflikter, men om en allmän vinstgrundsats anses gälla blir det (psykologiskt) lättare för domstolarna att tillskapa ersättningsskyldighet i nya situationer. En allmän vinstgrundsats fungerar som en "inkörsport" för nya regler om påläggande av ersättningsskyldighet, där omständigheterna är sådana att detta är önskvärt, men där lagstöd inte kan påvisas (s. 206 f.).

[10] Se Hellner, a.a. om "Vinstkravens funktion", s. 203 ff. H. ställer sig skeptisk

C Hinder för hävning eller ersättningsskyldighet för köparen?

Hinder för hävning eller rätt för säljaren att inhibera den redan inträdda hävningspåföljden å ena sidan samt ersättningsskyldighet för köparen å andra sidan är två påföljdsalternativ, som innebär att köparen får bära ansvaret för en inträffad skada. Turen har nu kommit till frågan om vilket av dessa alternativ som skall användas i olika situationer. På vad sätt skiljer sig de båda påföljdsalternativen åt? Vilka för- eller nackdelar är förbundna med det ena eller det andra påföljdsalternativet?[1]

Framställningen är disponerad sålunda: Under 1 jämförs rättsföljden hinder för hävning/inhibition av hävning med ersättningsrättsföljden med avseende på ekonomisk effekt (i normalfallet, jfr under 5), och även med avseende på metod då godset icke till någon del kan återställas. Dessa icke kontroversiella fall avförs därmed från diskussionen och i fortsättningen studeras de fall i vilka godset kan återställas, *ehuru ej i oförändrat och oförminskat skick*. Under 2 analyseras de ändamålsöverväganden som måste antas bära upp väsentlighetsregeln i 57 §. Under 3 studeras i vad mån nämnda regel hindrar köparen från att förfoga över en (kvantitativt väsentlig) del av godset, men ändock bevara hävningsrätten beträffande återstoden. Under 4 undersöks hur den påföljd som är anknuten till oväsentliga kvantitetsavvikelser, bör vara utformad, om köparen förlorar hävningsrätten beträffande det gods han förfogat över eller om hans ansvar är begränsat till ersättningsskyldighet motsvarande godsets värde. Under 5, slutligen, tar jag upp några situationer, där det kan vara befogat att frångå regeln i 57 § om total förlust av hävningsrätten då godset inte kan återställas i väsentligen oförändrat skick.

till en alltför omfattande användning av vinstgrundsatsen som rättsgrund för betalningsskyldighet. Vinstgrundsatsen skall, om den skall vara till någon nytta, avgränsas på ett "något så när naturligt och särpräglat vis" (s. 205). En skyldighet att utge *värdet* av mottagen prestation, som ej kan grundas vare sig på avtal eller på skadegörande handling, betecknas i svensk rätt ej såsom en skyldighet att utge vinst. H. gillar den avgränsning av vinstbegreppet som kommer till uttryck i denna terminologi (s. 392 f.)
I. C.

[1] Jfr i 1 kap. om hävning och andra kontraktsbrottspåföljder som olika metoder att reparera och prevenera mot kontraktsbrott. Det påföljdsval det här är fråga om erbjuder en liknande problematik.

1 Om vi först ser till den *ekonomiska effekten* så ger de båda påföljdsalternativen — förutsatt att köparen genom andra påföljder än hävning kan få full ekonomisk kompensation för den genom kontraktsbrottet uppkomna skadan[1a] — samma ekonomiska resultat, utom då det föreligger en skillnad mellan köpeskillingen och godsets värde i kontraktsenligt skick. Hävning innebär att köparen på säljaren kan övervältra sådan för honom oförmånlig prisskillnad, vare sig den funnits redan vid köpet eller uppkommit senare. Förlust av hävningsrätten som en metod att lägga ansvaret på köparen för skada som uppkommit genom dennes förfogande, drabbar även *denna effekt* av hävningspåföljden. Detta blir däremot inte fallet med ersättningsmetoden.

Denna skillnad i ekonomisk effekt kan inte tillmätas någon avgörande betydelse vid påföljdsvalet. Hävningspåföljdens ekonomiska effekt vid ursprunglig eller senare uppkommen prisskillnad *tolereras,* enär hävningspåföljden i vissa situationer jämförd med andra påföljder har fördelar som uppväger denna inadekvata effekt. Däremot kan denna effekt hos hävningspåföljden inte åberopas som ett skäl att välja hävningspåföljden, när andra skäl talar emot dess användning. Man kan alltså inte, då valet står mellan å ena sidan att tillåta hävning och ålägga köparen ersättningsskyldighet samt å andra sidan att ej tillåta hävning utan hänvisa köparen till mer begränsade påföljder, hävda att den förra metoden bör användas enbart av det skälet att köparen eljest icke kan övervältra en eventuell prisskillnad på säljaren.

Då köparens förfogande varit så omfattande *att godset icke till någon del kan återställas,* sammanfaller de båda diskuterade påföljdsalternativen även i vad angår tillvägagångssättet. I båda fallen skall köparen eller säljaren till motparten utge visst belopp i pengar. Någon annan prestationsskyldighet kommer inte ifråga. Den enda skillnaden ligger i den ekonomiska effekten vid prisförändringar. Den naturliga lösningen är här att ej riva upp ett redan fullgjort avtal genom att upphäva köparens avtalade prestationsskyldighet och ersätta denna med en skyldighet att betala det ofta svårbestämbara värdet av den mottagna prestationen. Denna lösning har lagstiftaren också valt.[2]

2 Mer problematiskt blir påföljdsvalet om godset finns i behåll, men ej i oförändrat skick, eller då endast en del av godset finns i be-

I. C. 1.

[1a] Jfr nedan under 5.

[2] Se ovan s. 241 om innehållet i 57 §. Ang. praxis, se dock NJA 1932 s. 308, refererat nedan s. 312 f.

håll. Här skiljer sig de båda påföljdsalternativen ej bara med avseende å ekonomisk effekt, utan också med avseende på *sättet att uppnå denna effekt*. Den ena metoden kan vara förbunden med olägenheter som motiverar att man i stället använder den andra.

Köplagens ståndpunkt innebär att man fäster avseende vid *hur omfattande den förändring är som åstadkommits genom förfogandet*. Köparen, som vill häva köpet, skall enligt 57 § återställa godset "väsentligen oförändrat och oförminskat". En förändring i godset som icke är "väsentlig", medför ej förlust av hävningsrätten och ger ej säljaren rätt att inhibera hävningsrättsföljden utan endast en rätt till ersättning.

Det väsentlighetskrav som uppställs i 57 § utgör på sätt och vis en motsvarighet till det väsentlighetskrav som uppställs i 21, 42 och 43 §§ som en förutsättning för totalhävning. I båda fallen är det fråga om det *mer omfattande* av flera påföljdsalternativ skall få användas. Därav följer emellertid inte att väsentlighetskravet måste ha precis samma innehåll i båda fallen.

Regler om påföljdsvalet vid kontraktsbrott har utformats under hänsynstagande till omständigheter, som icke har full motsvarighet då det är fråga om vilken rättsföljd som skall anknytas till köparens förfogande över mottaget gods. Hävningspåföljdens funktion är inte *uteslutande reparativ*. Den är också avsedd att inskärpa betydelsen av att åtagna förpliktelser fullgörs korrekt. Väsentlighetskravet vid hävning innebär *inte* att den för kontraktsbrott utsatte kan välja totalhävning endast då en mer begränsad påföljd icke skulle ge full reparativ effekt. Köparen behöver inte finna sig i delvis fullgörelse av avtalet, ens när denna skulle ge honom ett ekonomiskt utbyte motsvarande den däråbelöpande delen av köpeskillingen. Han kan alltså häva totalt även då en partiell hävning skulle vara tillräcklig för att åstadkomma full reparativ effekt.

Någon motsvarande preventiv-repressiv funktion kan inte tilläggas den till köparens förfogande anknutna rättsföljden förlust av hävningsrätten, särskilt inte om även ett förfogande, som företagits före vetskap om hävningsanledningen, kan medföra förlust av hävningsrätten. I dessa fall kan det ej vara fråga om att påverka köparen att handskas varligt med mottaget gods genom att anknyta en särskilt ingripande och kännbar påföljd till att han underlåtit detta. Här är endast fråga om att åstadkomma den önskade effekten i ansvarsfrågan — en motsvarighet till den reparativa funktionen hos kontraktsbrottspåföljderna — på ett sätt som medför minsta möjliga olägenhet för båda parter. Då det är fråga om att inhibera en redan inträdd hävningspå-

följd, ställer sig saken möjligen annorlunda. Här kan det finnas skäl att genom en sträng påföljd inskärpa betydelsen av att korrekt fullgöra sina förpliktelser. Man får emellertid hålla i minnet att det icke är fråga om frivilligt åtagna förpliktelser utan om förpliktelser, som indirekt påtvungits köparen genom säljarens kontraktsvidriga beteende.

3 Väsentlighetsregeln vid kontraktsbrott, tillämpad på kvantitetsavvikelser, innebär att avvikelsen mäts kvantitativt i förhållande till den kvantitet som skall utges enligt avtalet, ej kvalitativt i förhållande till återstoden. Om avvikelsen är tillräckligt omfattande, så är den väsentlig även då den inte påverkar värdet eller användbarheten hos återstoden av godset.[1] Då kvantitetsavvikelsen är väsentlig *endast i denna bemärkelse* är totalhävning icke nödvändig för att åstadkomma full reparativ effekt utan motiveras endast av syftet att genom det köprättsliga påföljdssystemet garantera noggrann uppfyllelse av åtagna förpliktelser.

Någon motsvarande funktion har inte påföljden "totalförlust av hävningsrätten". Här gäller det att finna en lösning, som ger önskat resultat i ansvarsfrågan, men som i övrigt inte inkräktar på köparens berättigade intressen. Då köparens förfogande endast berör viss avskiljbar del av det mottagna godset erbjuder sig en sådan lösning, nämligen *partiell förlust av hävningsrätten,* ett rättsföljdsalternativ vid sidan om totalförlust av hävningsrätten och ersättning motsvarande värdeförstöring, som innebär att köparen betalar köpeskillingen för den del av godset han förfogat över, men häver beträffande återstoden. Denna lösning vållar inte säljaren någon olägenhet förutsatt att det inte råder ett sådant samband mellan de olika delarna av godset, att värdet av det gods säljaren återfår vid hävningen minskar därför att inte också återstoden erläggs.

Doktrinen har ansett att denna lösning inte är förenlig med 57 §. Väsentlighetsregeln i 57 § skulle innebära att köparen förlorar *hela* hävningsrätten om han förfogar över en icke ringa del av godset.[2] Fråga

IC 3.

[1] Om kvalitativ och kvantitativ väsentlighetsbedömning av kvantitetsavvikelser, se ovan s. 69.

[2] Almén, § 57 vid n. 115, Hellner, Köprätt, 19.2., Bramsjö, s. 159. Denna ståndpunkt måste ses mot bakgrunden av att doktrinen anser att förfogande, som företagits före vetskap om hävningsanledningen inte skall medföra någon påföljd alls, jfr ovan s. 255. Man utgår från att en väsentlighetsbedömning kan komma ifråga endast då förfogandet inträffat efter vetskap om hävningsanledningen. Vad som här sägs avser främst minskning, som uppkommit genom förfogande

är emellertid om väsentlighetsregeln i 57 § kan utgöra något hinder för köparen att häva köpet till den del godset kan återställas, *även i de fall då förfogandet inträffar före hävningsförklaringen.* "Godset" skall återbekommas "väsentligen oförändrat och oförminskat" heter det i 57 §. Detta uttryckssätt ger ju vid handen att kvalitetsavvikelser och kvantitetsavvikelser skall bedömas på samma sätt i relation till en given enhet, "godset". Fråga är emellertid vilken enhet som avses med "godset". Det kan nämligen inte vara fråga om *allt* det gods som köparen mottagit. Denne har nämligen — härom är man överens — i vissa situationer rätt att begränsa hävningen till del av godset. En sådan partiell hävningsrätt innebär att köpare, som inte kan eller vill återställa del av mottaget gods, ändock kan häva beträffande återstoden.[3] Väsentlighetsregeln i 57 § har således *inte* ansetts utgöra något hinder mot att man utan stöd av lag utvecklar regler om rätt för köparen att begränsa sin hävningsrätt till viss del av godset, även då återstoden utgör en kvantitativt väsentlig del. I stället förhåller det sig så att 57 § måste tolkas mot bakgrund av vad som gäller om partiell hävningsrätt.[4] Uttrycket "godset" i 57 § måste betyda *det gods, till vilket köparen enligt vissa andra regler kan begränsa sin hävningsrätt.* För att få klarhet i vilka påföljder, som är anknutna till köparens förfogande över del av godset, måste man alltså studera vad som i allmänhet gäller om rätt för köparen att begränsa hävningen till viss del av godset.

I det inledande kapitlet framhölls att påföljden partiell hävning i olika rättssystem länge betraktades med ovilja, därför att den ansågs innebära att ena parten kunde tilltvinga sig *ett nytt avtal.* Först så småningom har påföljden accepterats — till en början maskerad som totalhävning i kombination med ett nytt (av båda parter ingånget) avtal eller som totalhävning förbunden med ersättningsskyldighet. Utvecklingen i Skandinavien har gått ett steg längre. Partiell hävning tillåts även då varken avtalet eller gäldenärens beteende efter avtalet ger några hållpunkter för att han skulle ha varit villig att (på samma villkor i övrigt) sluta avtal beträffande viss del av godset och trots att han, när påföljdsvalet blir aktuellt, motsätter sig att borgenären begränsar hävningen på detta sätt. Det fordras dock att kontraktsbrottet hänför sig

före hävningsförklaringen. Om man utgår från att även sådant förfogande bör medföra påföljd, torde Almén inte ha varit främmande för att begränsa påföljden till del av godset som köparen förfogat över, se Almén, Tillägg till §§ 42 och 43 vid n. 52 f.

[3] Se Almén, § 57 n. 116 a—117.

[4] Annan uppfattning Almén, § 57 vid n. 115.

till viss del av godset och att den partiella hävningen är begränsad till just denna del. Något hållbart skäl för fasthållandet av detta krav är dock svårt att finna.[5] 57 § kan inte åberopas till stöd härför. *Antingen* betyder "godset" i 57 § allt gods som köparen mottagit, *eller* betecknar uttrycket det gods, till vilket köparen enligt vissa regler äger begränsa hävningen. Eftersom det är alldeles klart att köparen åtminstone i vissa situationer kan häva endast delvis, måste det vara fråga om den senare betydelsen. *57 § säger under sådana förhållanden ingenting om när partiell hävning är tillåten.* Kravet på att kontraktsbrottet skall vara koncentrerat till viss del av godset förefaller vara en reminiscens från den ovan berörda konstruktionen av partiell hävning som en *avtalad rättsföljd.* Då man numera accepterat partiell hävning som *en av lagstiftaren instituerad påföljd,* finns det icke något skäl att fasthålla just detta krav. Man bör gå ett steg längre och tillåta borgenären att begränsa hävningen till viss del av godset, om bara en sådan begränsning icke vållar gäldenären någon olägenhet genom att reducera värdet eller användbarheten av det gods som återställs.

Om det nu ändock skulle förhålla sig så som Almén påstår, att köparen kan begränsa hävningen till viss del av godset endast om denna del är felaktig och återstoden ej felaktig, kan den situationen uppkomma att *säljaren* hävdar att även det gods köparen vill behålla är felaktigt, medan däremot denne hävdar motsatsen. Almén medger att det är en egendomlig situation och antyder vissa bevisproblem som kan uppkomma.[6] Emellertid uppstår också andra svårigheter och av sådant slag att man måste ifrågasätta om ståndpunkten verkligen kan upprätthållas. Det förefaller nämligen som om i denna situation själva felbegreppet måste bestämmas på ett sätt, som i praktiken ger köparen större frihet att "dela på leveransen".

Köparen kan inte dela på leveransen då varan är "likadan allt igenom", säger Almén.[7] Nu kan det emellertid hävdas att endast en del av godset är felaktigt, även om det skulle vara "likadant allt igenom". Felbegreppet kan inte fastställas utan hänsynstagande till hur godset skall användas. Faktiskt fel i godset är en relation mellan godsets fysiska egenskaper och en viss typ av användning. Om köparen planerat att *använda olika delar av godset på olika sätt* och viss fysisk egenskap som finns i hela godset — varan är "likadan allt igenom" — gör det oägnat

[5] Jfr ovan s. 77.
[6] Almén, Tillägg till §§ 42—43 n. 51.
[7] Almén, § 57 vid n. 115.

för den ena typen av användning men däremot inte påverkar dess brukbarhet för det andra ändamålet, måste det väl sägas att viss del av godset är behäftat med fel, men den övriga delen icke. Här torde *även säljaren* — förutsatt att han känner till hur köparen planerat att använda godset — kunna hävda att endast viss del därav är felaktig. Det är alltså *den av köparen valda typen av användning* — förutsatt att denna inte fordrar *bättre* egenskaper hos godset än säljaren haft plikt att räkna med — som är avgörande för om viss egenskap hos godset kan betraktas som ett fel. Om köparen väljer att använda godset på ett sådant sätt att en eljest felgrundande egenskap inte spelar någon roll, så föreligger inte fel i godset. Detsamma måste gälla om köparen väljer att använda *viss del av godset* på detta sätt. Vidare kan det inte göra någon skillnad om köparen från början planerat att använda del av godset på detta sätt eller om han fattar beslut härom först vid en senare tidpunkt. Även om köparen först sedan han upptäckt viss egenskap hos godset, som gör det oägnat för det ändamål han ursprungligen tänkt sig, använder viss del av godset på ett sådant sätt att denna egenskap icke spelar någon roll, måste han kunna inta den ståndpunkten att denna del av godset ej är felaktig och att han därför äger rätt att begränsa hävningen till återstoden. Denna argumentation ter sig kanske något ansträngd. Kan man verkligen bygga en rättsregel på en analys av felbegreppet? Felbegreppet bygger emellertid i sin tur på reella ändamålsöverväganden, och det är i själva verket dessa, som ligger bakom det resultat man kommer fram till. Om köparen kan använda viss del av godset på ett sätt där dess bristfälliga beskaffenhet inte spelar någon roll, har han ett legitimt skäl för att begränsa hävningen till återstoden. Det finns då ingen anledning att förvägra honom en partiell hävning, förutsatt att denna påföljd inte vållar säljaren någon olägenhet.

Det nu sagda gäller förlust av hävningsrätten, ej *inhibition* av den redan inträdda hävningspåföljden. Då förfogandet äger rum *efter* en verksam hävningsförklaring, vållar det inga principiella svårigheter att bestämma den enhet i relation till vilken väsentlighetsbedömningen enligt 57 § skall äga rum. Det måste vara fråga om *det gods som omfattas av den redan inträdda hävningspåföljden.* Även i denna situation kan det vara erforderligt att undersöka vad som gäller om partiell hävning, nämligen för att kontrollera att en hävningsförklaring, som bara avser viss del av godset, skett i överensstämmelse med reglerna om köparens rätt att begränsa hävningen. Däremot kan denne inte efter en verksam hävningsförklaring, som omfattat allt godset, begränsa hävningen till viss del av detta. En hävningsförklaring är *bindande* för den

som avger förklaringen.[8] Köparen är förpliktad att (mot utfående av den eventuellt redan erlagda köpeskillingen) ställa allt det gods som omfattas av hävningen till säljarens förfogande, en förpliktelse som visserligen uppkommit genom hans ensidiga förklaring, men som han inte ensidigt kan frigöra sig från. Om köparen framställer och vidhåller ett krav på att få begränsa hävningen till viss del av godset, innebär detta en vägran att uppfylla en del av den förpliktelse som uppkommit genom hävningsförklaringen. Underlåtenhet att fullgöra en kvantitativt väsentlig del av denna förpliktelse ger jämlikt väsentlighetsregeln i 57 § motparten rätt att inhibera hela den inträdda hävningspåföljden.

NJA 1941 s. 525 brukar anföras som stöd för att väsentlighetsregeln gäller, även när köparens oförmåga att återställa godset avser viss avskiljbar del därav.[9] Köpet gällde 2 600 hl koks av viss krossningsstorlek. 1 700 hl var avsedda för uppvärmning av en växthusanläggning, medan återstoden skulle användas i andra värmecentraler. Kolen, som levererades i 30 billass under loppet av en tvåveckorsperiod, visade sig ha mindre dimensioner än som avtalats och kunde inte användas i växthusets värmepannor. Av hela kokspartiet förbrukades 1 250 hl. Återstoden upplades för säljarens räkning och köparen hävde, alternativt fordrade gillt gods, beträffande detta parti. I hovrätten förpliktades säljaren att, mot återbekommande av det återstående kokspartiet, återbetala köpeskillingen, dock med rätt till avdrag motsvarande det avtalade priset per hl om ytterligare kol skulle ha förbrukats. Vid tidpunkten för HD:s dom hade köparen förbrukat praktiskt taget hela det avvisade partiet, och HD fann att eftersom köparen *"numera"* förfogat över partiet i sådan omfattning, att han inte var i stånd att återställa det "i väsentligen oförminskat skick", så hade han förverkat sin hävningsrätt. Enär köparen, när målet avgjordes i HD, hade förbrukat praktiskt taget *hela* partiet, kan man av domslutet i kombination med de faktiska omständigheterna icke dra några slutsatser om väsentlighetsregelns innehåll vid kvantitetsavvikelser. Emellertid framgår av domskälen — godset kunde inte återställas i "väsentligen oförminskat skick" — att HD tar avstånd från den lösning som hovrätten anvisade för det fall att köparen skulle komma att förbruka delar av godset. HD:s domslut skulle ha blivit detsamma även om köparens förfogande ej avsett större delen av det avvisade partiet. Å andra sidan får man inte dra alltför vittgående slutsatser av detta avgörande. Den väsentlig-

[8] Se ovan s. 239.
[9] Bramsjö, s. 159 n. 8, Hellner, Köprätt 19.1, 2.

hetsbedömning HD gjort, torde avse köparens förfogande över godset *efter* hävningsförklaringen i relation till det gods som avsågs med hävningsförklaringen. Före hävningsförklaringen och efter det köparen fått kunskap om felet hade denne förbrukat en avsevärd del av det levererade partiet, och åtminstone delar av det gods köparen använt var av samma beskaffenhet som det avvisade partiet. Tydligen har HD ansett att köparen ändock haft rätt att begränsa hävningspåföljden till viss del av godset. I domskälen markeras att det var köparens förfogande vid någon senare tidpunkt ("numera" förfogat . . .) som medförde förlust av hävningsrätten även beträffande det gods som fanns i behåll och kunde återställas. Avgörandet talar alltså inte emot den av mig hävdade uppfattningen att köparen före hävningsförklaringen kan begränsa sin hävningsrätt till viss del av godset, om detta ej länder säljaren till förfång och köparen har ett legitimt intresse av att förfara på detta sätt.

I detta sammanhang bör också nämnas det ovan[10] refererade U 1963.996 H, där köparen förfogat över en del av ett parti torskblock. Förfogandet medförde förlust av hävningsrätten beträffande denna del, däremot ej beträffande återstoden, trots att hela partiet av allt att döma var av samma dåliga beskaffenhet. I detta mål hade emellertid förfogandet ägt rum innan köparen fått kännedom om hävningsanledningen. Vad som kan vara föremål för tvekan är om förfogandet under sådana förhållanden medför någon förlust av hävningsrätten ens beträffande den del som köparen förfogat över. Däremot torde man vara enig om att förfogandet inte kan medföra någon förlust av hävningsrätten beträffande den del som kan återställas. Jag hävdar emellertid att köparen, *även efter det han fått kännedom om hävningsanledningen,* bör kunna förfoga över en del av godset med bevarad hävningsrätt beträffande återstoden. Något avgörande som stöder denna uppfattning har jag inte kunnat finna.

4 Om den del av godset, som köparen inte kan eller vill återlämna är kvantitativt oväsentlig, skall härtill anknytas en mindre omfattande påföljd. I köplagen anges icke hur denna påföljd är beskaffad. Alla skäl talar för att utforma den i anslutning till den påföljd som — utan direkt stöd i lag — tillkommer köparen då en mindre del av godset inte avlämnas i rätt tid. Köparen som vid dröjsmål icke kan häva totalt, därför att dröjsmålet avser en kvantitativt ringa del av godset, kan i vart fall häva beträffande den fördröjda delen.[1] Hans rätt är alltså inte

[10] Se ovan s. 273.

[1] Se Almén, § 21 vid n. 104 och Tillägg till § 22 n. 6 ff.

begränsad till en ersättning motsvarande godsets värde, där detta är lägre än köpeskillingen. På motsvarande sätt bör den rättsföljd, som anknyts till köparens underlåtenhet att fullgöra en kvantitativt oväsentlig del av sin förpliktelse vid hävning, vara utformad som en rätt för säljaren att *inhibera hävningspåföljden beträffande denna del jämte ersättning för eventuell skada,* ej som ett anspråk på ersättning för godsets värde. Köparen bör alltså vara skyldig att betala den del av köpeskillingen som belöper på den del av godset som han behåller. Om emellertid godsets värde, vid den tidpunkt då det bort återställas, är *högre* än köpeskillingen, skall — enligt huvudregeln om skadestånd i inomobligatoriska förhållanden — ersättning motsvarande mellanskillnaden utgå. Om däremot värdet är *lägre* än köpeskillingen, är köparen ändock skyldig att återbetala denna. Här ser man alltså skillnaden mellan värdeersättning och rätt att inhibera hävningspåföljden. Det senare påföljdsalternativet är både enklare och rättvisare. Varför skulle köparen få övervältra prisförlust beträffande den del av godset, som han behåller och förfogar över, bara därför att det är fråga om en kvantitativt oväsentlig del?[2]

Motsvarande bör gälla påföljdens utformning, då köparens förfogande ägt rum före hävningsförklaringen. Sådant förfogande skall alltså medföra förlust av hävningsrätten beträffande den del av godset, som inte kan återställas, och ej blott skyldighet att ersätta värdet, om detta är lägre än köpeskillingen. Någon skyldighet att ersätta värdet, då detta är högre än köpeskillingen, kan däremot inte åläggas köparen, då förfogandet ägt rum före hävningen.[3]

Almén har emellertid hävdat, att säljarens anspråk vid oväsentliga kvantitetsavvikelser bör vara begränsat till ersättning motsvarande godsets värde, och denna linje har HD följt. Avgörandet i NJA 1934

[2] Jfr Rodhe, Obligationsrätt § 51, om "vederlagsersättning". Om gäldenär underlåter att i rätt tid återlämna visst objekt och fortsätter att nyttja det utöver den avtalade tiden, skall han naturligtvis utge ersättning för detta fortsatta nyttjande. Fråga uppkommer då efter vilken norm denna ersättning skall beräknas. Skall gäldenären utge skäligt pris för nyttjandet eller skall man gå efter det för den tilländalupna avtalstiden gällande priset? Denna fråga är i relevanta hänseenden analog med den här behandlade frågan. Beträffande fortsatt nyttjande har HD valt det avtalade priset som norm för betalningsskyldigheten, NJA 1913 s. 549. Jfr även Rodhe, a.a. § 49 vid n. 3 ff. angående olika sätt att beräkna "värdeersättning". "Man behöver ibland icke gå ut och söka efter ett värde som kan läggas till grund för ersättningsbeloppets bestämmande, därför att man redan har ett mellan parterna *avtalat pris* att gå efter."

[3] Jfr ovan s. 293 om ersättningsskyldighetens omfattning beroende på om förfogandet ägt rum före eller efter hävningen.

s. 533 angick enligt rubriken bl a frågan efter vilken norm ersättning för viss del av varan, över vilken köparen förfogat efter hävningen, skulle utgå. Säljaren fordrade att köparen skulle utge den avtalade köpeskillingen för denna del av godset, men HD följde Alméns rekommendation och utdömde ersättning motsvarande godsets värde vid tiden för förfogandet, ett belopp som understeg den å denna del av godset belöpande köpeskillingen.[4]

5 Även då köparens förfogande ägt rum *efter* hävningen kan det finnas skäl att modifiera eller omforma regeln om påföljdsvalet i 57 §. Det är långtifrån ovanligt att säljaren utan skäl motsätter sig hävning över huvud och vägrar att återta någon del av godset. De handlingsmöjligheter som lagen erbjuder i denna situation är möjligen inte tillräckliga för att ge köparen erforderligt skydd. Den enda möjlighet som står köparen till buds är försäljning av godset på offentlig auktion — en omständlig och tidsödande procedur, som ofta ger ett otillfredsställande ekonomiskt resultat, uppfattas som förolämpande av säljaren och minskar möjligheterna för hävningspåföljdens genomförande utan process. En i vissa situationer värdefull utvidgning av köparens handlingsmöjligheter kan emellertid åstadkommas helt enkelt genom att tillåta köparen att förfoga över del av godset mot erläggande av den däråbelöpande delen av köpeskillingen, men med bevarad hävningsrätt beträffande återstoden, och genom att tillåta honom att begagna godset mot full ersättning för värdeminskningen.

En sådan utvidgning av köparens handlingsmöjligheter bör främst komma ifråga, då köparen genom ett sådant handlande *begränsar eller eliminerar den skada som eljest skulle uppkomma.* Om köparen får begagna inköpt kapitalvara eller förbruka del av inköpta råvaror till dess ersättningsanskaffning kan företas, kan avsevärda skador undvikas. Detta ligger i båda parters intresse, kanske främst i säljarens, eftersom denne ju är ersättningsskyldig. Men även köparen har intresse av att sådan skada icke uppkommer, eftersom säljaren genom sin hållning demonstrerat att han icke anser sig skyldig att utge ersättning för skadan. Det ligger alltså i båda parternas intresse att köparen i detta fall kan begagna mottaget gods eller förfoga över del av detta med bevarad hävningsrätt beträffande återstoden.[1]

[4] Jfr U 1936.1092 H; köpare av klänningar som — efter det han upptäckt fel i godset — sålt "enkelte af dem", fick betala avtalat pris för de varor han sålt. I. C. 5.

[1] Se U 1930.879: Köpare av lastbil hade, efter det han med fog hävt köpet men säljaren vägrat att godta hävningen, fortsatt att använda lastbilen, varvid

Starka skäl att ej tillämpa eller att modifiera huvudregeln om påföljdsvalet i 57 § föreligger vidare, då det mer omfattande påföljdsalternativet, totalförlust av hävningsrätten eller total inhibition av hävningsrättsföljden, innebär att köparen ej får kompensation för den skada han åsamkats genom kontraktsbrottet. Detta påföljdsalternativ innebär ju att köparen hänvisas till andra kontraktsbrottspåföljder än hävning. Dessa mer begränsade kontraktsbrottspåföljder ger i vissa fall icke full kompensation för köparens skada eller är förbundna med olägenheter för denne. Så är förhållandet då säljaren i kontraktet friskrivit sig från skadeståndsskyldighet eller då de i köplagen angivna förutsättningarna för skadeståndsskyldighet icke är förhanden och den prisnedsättning, som köparen kan vara berättigad till, icke ger full kompensation. Andra påföljder än hävning är otillfredsställande för köpare, som på grund av felet icke själv kan använda godset och inte heller är i den positionen att han genom att avyttra det kan tillgodogöra sig marknadsvärdet. Dessa omständigheter har Almén anfört som ett skäl att lägga ansvaret på säljaren för all skada, som uppkommit genom köparens förfogande över godset före vetskap om hävningsanledningen.[2] En sådan betydelse kan man enligt min uppfattning icke tillägga dessa omständigheter. Dels är väl situationen icke så vanlig, att den bör bestämma utformningen av en huvudregel rörande den rättsliga betydelse som skall tilläggas köparens förfogande över godset, dels kan nämnda omständigheter inte påverka bedömningen av vem som — i den ena eller den andra formen — skall *bära ansvaret* för sådan skada. Däremot bör dessa omständigheter, *då de föreligger,* påverka *valet av metoden* för utkrävandet av köparens ansvar. Det mer omfattande påföljdsalternativet, totalförlust av hävningsrätten eller total inhibition av hävningsrättsföljden, är här förbundet med särskilda olägenheter och detta medför att man i stället bör välja ersättningsmetoden. Om köparens förfogande ägt rum innan han fått vetskap om hävningsanledningen, kan man knappast hysa några betänkligheter mot att välja ersättningsmetoden, oaktat den genom förfogandet åstadkomna förändringen är "väsentlig". En huvudregel om totalförlust av hävningsrätten vid väsentlig förändring av godset motiveras huvudsakligen av att denna påföljd innebär den enklaste och smidigaste lösningen av intressekonflikten. Des-

dess värde nedgått med en åttondedel. Denna förändring ansågs icke väsentlig och vid bedömningen torde man fäst avseende vid att säljaren vägrat godta hävningsåtgärden och att köparen inte kunde undvara en lastbil i sin rörelse. Köparen fick dock ersätta värdeminskningen.

[2] Se ovan s. 274.

sa skäl kan inte motivera regelns upprätthållande, när dess tillämpning skulle innebära allvarliga olägenheter för köparen. Även om förfogandet skett efter det köparen fått vetskap om hävningsanledningen, bör dennes särskilda intresse av köpets hävande kunna leda till en modifiering av innehållet i väsentlighetsregeln i 57 § på så sätt, att man här kräver en högre grad av väsentlighet för att säljaren skall kunna motsätta sig köpets hävande. Stöd för en sådan lagtillämpning finner man i det skärpta krav på väsentlighet, som uppställs som en förutsättning för hävning vid sådana avtal där hävningspåföljden är förbunden med särskilda olägenheter för köparen, t ex vid beställningsköp. I båda fallen är det fråga om att modifiera innehållet i en huvudregel rörande påföljdsvalet då det mer omfattande av flera möjliga påföljdsalternativ innebär särskilda olägenheter för den utsatte.

NJA 1932 s. 308 visar att HD inte känner sig bunden av regeln om påföljdsvalet i 57 §, då omständigheterna i det konkreta fallet gör att en annan lösning ter sig lämpligare. Köparen hade efter hävning av köpet ha sålt ett parti felaktiga skor på offentlig auktion för säljarens räkning. Säljaren hävdade att auktionsförsäljningen skett utan stöd i lag och yrkade att utfå den ännu ej erlagda köpeskillingen för skorna. Yrkandet formulerades visserligen som ett yrkande om skadestånd, men eftersom "skadan" skulle beräknas efter det avtalade priset, måste man uppfatta säljarens yrkande så att den redan inträdda hävningspåföljden skulle inhiberas. Köparen fordrade skadestånd för utebliven handelsvinst jämte ersättning för kostnader och var villig att tillgodoföra säljaren endast den influtna auktionssumman. Sedermera återköpte köparen större delen av de felaktiga skorna från auktionsinroparen för auktionspriset och förklarade sig villig att utge partiet mot att han gottskrevs auktionspriset. Köparens yrkande innebar följaktligen att hävningspåföljden skulle genomföras med rätt för honom att endera prestera ett surrogat (auktionssumman) eller det mottagna godset. HD konstaterade för det första att köparen ej haft rätt att sälja godset på auktion och vidare att denne genom auktionsförsäljningen definitivt förlorat rätten att återlämna godset. Härefter hade man att ta ställning till frågan om *vilken påföljd* som skulle anknytas till den otillåtna auktionsförsäljningen. I efterhand stod det alltså klart att köparen vid den tidpunkt, då han bort återställa godset, icke var villig att återställa *någon del därav*. Hade bestämmelsen i 57 § om påföljdsvalet tillämpats, skulle säljarens yrkande om inhibition av hävningspåföljden bifallits och köparen förpliktats att utge den avtalade köpeskillingen. I stället förpliktades emellertid köparen att utge ett belopp, motsvarande *vad*

säljaren skulle ha kunnat tillgodogöra sig genom att själv sälja skopartiet, och detta belopp uppskattades till en summa som låg ungefär mittemellan auktionspriset och den avtalade köpeskillingen. HD:s lösning av den i målet föreliggande intressekonflikten är varken fågel eller fisk och stämmer ej med den ovannämnda bestämmelsen om påföljdsvalet. En med stöd av 55 § (jämfört med 34 §) företagen auktionsförsäljning medför att köparen, trots att han ej kan återställa godset, ej behöver utge den avtalade köpeskillingen utan endast den influtna auktionssumman. Om däremot köparens auktionsförsäljning företas utan stöd av 55 §, skall köparens därav föranledda oförmåga att återställa godset bedömas enligt 57 § och alltså medföra rätt för säljaren att inhibera hävningspåföljden. HD:s domslut innebär att köparens betalningsskyldighet ej begränsas till den influtna auktionssumman men ej heller utvidgas till att omfatta köpeskillingen. Domslutet får väl anses innebära att HD valt *ersättningsmetoden,* trots att godset icke till *någon del* kunde eller fick återställas. Det kan knappast uppfattas som en inhibition av hävningspåföljden med skyldighet för säljaren att finna sig i prisnedsättning. Vid prisnedsättning beaktas ju icke det övervärde godset kan ha i säljarens hand. Beträffande en annan mindre del av det felaktiga skopartiet, som icke ingått i auktionsförsäljningen och som köparen icke kunde redovisa, ansågs köparen skyldig att utge den överenskomna köpeskillingen utan något prisavdrag. Att HD valde ersättningsmetoden, oaktat icke någon del av godset kunde återställas, måste bero på att man inte tolererat de för köparen oförmånliga ekonomiska bieffekter som är förbundna med den i 57 § anvisade metoden. Till köparens oberättigade auktionsförsäljning anknöt man i stället en rättsföljd, som lägger det ekonomiska ansvaret för den genom auktionsförsäljningen uppkomna skadan på köparen, men som i övrigt inte försämrar hans ställning.

II. Om hävning då godset förändrats genom vådahändelse eller sin egen beskaffenhet

Fareregeln i 58 § är klar och entydig. Säljaren bär faran. Säljarens fareansvar innebär att godsets förstörelse, försämring eller minskning genom våda ej utgör hinder för köparen att häva och ej ger säljaren rätt att inhibera hävningsrättsföljden, om denna redan inträtt, samt ej heller ådrar köparen någon ersättningsskyldighet. Stadgandet tillämpas av domstolarna på detta sätt och har accepterats av en enhällig doktrin. Regelns innehåll de lege lata kan alltså inte ifrågasättas. Däremot kan dess ändamålsenlighet ifrågasättas de lege ferenda. Ansvarsregeln i 58 § rörande förändring genom "godsets egen beskaffenhet" erbjuder vissa tolkningssvårigheter och för vissa fall utgör den ett utslag av skuldtanken, vilken jag ju från mina utgångspunkter inte kan acceptera.

Framställningen under II är till en början uppdelad i underavdelningarna A, B och C. Under A och B granskas fareregelns innehåll tillämpad på förstörelse genom våda *före* respektive *efter* hävningen och under C studeras ansvarsregeln rörande förändring "genom godsets egen beskaffenhet". Under A 1 redogörs för utomskandinavisk rätt, medan A 2 innehåller en redogörelse för och kritik av de överväganden, som enligt köplagens förarbeten och doktrinen ligger till grund för fareregeln i 58 §. I det följande söker jag angripa det föreliggande fareproblemet från en ny utgångspunkt, nämligen gällande regler om "faran" i andra situationer. Först ges en översiktlig redogörelse för olika regler om faran för godset i svensk rätt (A 3) och härefter granskas särskilt vilken betydelse man i andra sammanhang — då fråga uppkommer om vem som skall "bära faran för godset" — tillmäter den omständigheten att en av parterna betett sig kontraktsvidrigt (A 4). Här redogörs för innehållet i den s k culpacasusregeln och granskas dess relation till fareregeln i 58 § samt jämförs det fareansvar, som enligt culpacasusregeln anknyts till gäldenärs kontraktsvidriga beteende, med fareregeln i 58 §. Från samma utgångspunkt granskas innehållet i 37 § KöpL.

Under B 1 ges en redogörelse för regler om prisfaran *efter hävning* i utomskandinavisk rätt, och därvid beaktas särskilt motiveringen

för dessa regler samt deras relationer till andra fareregler inom respektive rättssystem. Under B 2 kritiseras tillämpning av berikelserättsliga grundsatser vid bedömningen av faran för godset efter hävning och diskuteras huruvida man i stället kan tillämpa de regler om prisfaran, som gäller mot varandra stående förpliktelser, *uppkomna genom avtal,* eller huvudregeln om värdefaran (res perit domino). Under B 3 utreds de resultat som skulle uppkomma vid en tillämpning av prisfarereglerna i 17 § på köparens prestationsskyldighet efter hävning och jämförs dessa resultat med innehållet i prisfareregeln i 58 § kompletterad med culpacasusregeln. Under C 1 behandlas förändring genom godsets *icke kontraktsenliga* beskaffenhet och under C 2 förändring genom egenskap i godset, som ej utgör fel i detsamma, särskilt betydelsen av att förändringen skall ha uppkommit "allenast" genom godsets egen beskaffenhet.

A Faran för godset före hävningen

1 Även i tysk och fransk rätt gäller vid Rücktritt respektive résolution, att godsets förstörelse genom våda ej utgör hinder för hävning.[1] Regeln motiveras med att hävningen *retroaktivt* upplöser avtalet och att följaktligen mottagarens ansvar för godset även *före* hävningsförklaringen måste vara begränsat enligt berikelserättsliga regler.[2] Inom denna berikelserättsliga ram har man visserligen lyckats tillskapa ett ansvar för *eget handlande* — i tysk rätt genom att dra in principen om venire contra faktum proprium och i fransk rätt genom att fingera att köparens förfogande utgör ett frivilligt avstående från hävningsrätten[3] — men i vådafallen kan man inte på detta sätt undgå retroaktivitetskonstruktionens konsekvenser. Inte heller enligt anglosaxisk rätt utgör god-

II. A. 1.

[1] Beträffande Rücktritt se BGB § 350. Beträffande résolution i fransk rätt se art. 1379 andra st. — endast ondtroende mottagare svarar för casus.

[2] Enligt den (åtminstone så sent som år 1954) i tysk doktrin förhärskande uppfattningen är rättsförhållandet mellan parterna före och efter en retroaktivt verkande hävningsförklaring att betrakta som ett "Legalschuldverhältnis" eller "Bereicherungsverhältnis". Wolf riktar skarp kritik mot denna uppfattning. Se a.a. i avsnittet om "Die Rechtsnatur des Rücktrittsverhältnisses" s. 102 ff. I denna kritik instämmer Larenz a.a. § 25 I a); "Die früher herrschende Lehre ist jedoch nicht zu halten, wie E. Wolf gezeigt hat." Se även Wunner, a.a. i AcP 1968 s. 424 ff. Beträffande fransk rätt, jfr ovan s. 285 f. om "quasi-contracts".

[3] Se ovan under I A 2.

sets casuella förstörelse hinder för hävning.[4] Denna regel har också upptagits i den internationella köplagen.[5] Vid action rédhibitoire (den särskilda hävningspåföljden vid fel i godset i fransk rätt) gäller den motsatta regeln. Godsets förlust genom cas fortuit drabbar köparen.[6] Denna regel om hävning på grund av fel i godset gäller även i Italien, Spanien och Grekland.[7]

2 Enligt Nya Lagberedningens förslag skulle faran för godset före hävningsförklaringen ligga på köparen och först i och med denna övergå på säljaren.[1] Denna lösning av fareproblemet gavs en tämligen intetsägande motivering. Man konstaterade att det i utländsk rätt förekom olika sätt att lösa fareproblemet. Den av beredningen föreslagna lösningen betecknades som en "medelväg". Även om det i princip var riktigt att köparen slapp bära faran för gods, som han ej var skyldig att behålla, så skulle det vara alltför "hårdt" att låta säljaren vidkännas följderna av en händelse, som inträffade under den tid då köparen måste betrakta godset som sin egendom.[2] HD kritiserade förslaget i denna del. Man framhävde principen att köparen ej under någon tid bör stå faran för gods, som han ej är skyldig att behålla, och att det skulle vara obilligt att fästa något avseende vid om olyckshändelsen inträffat före eller efter det köparen hunnit avge en hävningsförklaring.[3] Köplagskommittén motiverade stadgandet med att en regel med innehåll att köparen förlorade hävningsrätten skulle innebära "hårdhet mot köparen" och ge säljaren, som därvid skulle befrias från den påföljd han genom sitt kontraktsbrott ådragit sig, "en alldeles oförtjänt förmån".[4]

[4] I engelsk rätt är risken formellt anknuten till äganderätten till godset, se Sect. 20 SGA. Vid leveransavtal förutsätts för äganderättens och därmed också riskens övergång, att godset är i "a deliverable state", se Sect. 18 Rule 5. Vid köp av bestämt gods kan äganderätten övergå tidigare, men om köparen har hävningsrätt stannar risken på säljaren, se Atiyah, s. 109 f. och Benjamin, s. 398 om Head v. Tattersall. Se vidare Lagergren, Delivery of the goods s. 86 ff., s. 100 ff. Beträffande amerikansk rätt, se § 2—510 UCC.

[5] IntKöpL 79 § 2. d).

[6] Se C.c. art. 1647 andra st. Möjligen sammanhänger detta med att action rédhibitoire icke via konstruktionen om avtalets retroaktiva upplösning leder över till reglerna om quasi-contrats som grund för återbäringsskyldigheten. Återbäringsskyldigheten vid action rédhibitoire följer *direkt* av art. 1647.

[7] Rabel II, § 101. 1. b).

II. A. 2.

[1] § 53 i förslaget.

[2] NJA II 1901 N:r 1 s. 99.

[3] NJA II 1901 N:r 1 s. 101 f.

[4] NJA II 1906 N:r 1 s. 99.

Doktrinen har accepterat 58 §. Den argumentation som anförs till stöd för att icke köparen utan säljaren bör bära ansvaret för skada som uppkommit t o m genom köparens eget förfogande över godset (före vetskap om hävningsanledningen)[5] gäller ju a fortiori i casusfallen. Hävningsrätten är en för köparen värdefull "rätt", och han bör inte gå miste om denna rätt, såvida han inte genom eget handlande — som dessutom skall vara att anse som illojalt gentemot säljaren — åstadkommit att godset ej kan återställas. Almén framhåller: "Något skäl kan icke inses, varför den, som på grund av fel i godset, dröjsmål med dess avlämnande eller av annan orsak varit berättigad att avvisa detsamma såsom sig ej vidkommande, skulle gå miste om denna befogenhet därigenom, att godset utan hans uppsåt eller vållande förstörts, skadats eller minskats, eller varför en sådan tilldragelse skulle fritagit säljaren från den väsentligaste påföljden av hans kontraktsbrott."[6] Karlgren utvecklar tankegången särskilt tydligt:[7] Hävningsrätten och den med hävningsrätten förbundna rätten att fordra skadestånd för uteblivningsskada uppkommer redan vid kontraktsbrottet. Om i 58 § en motsatt regel gällde beträffande faran, "skulle däri ligga ett överkorsande av en redan före godsets förolyckande, kanske lång tid dessförinnan, uppkommen hävningsrätt för köparen" och detta vore enligt lagstiftarens mening "oresonligt".[8] Motsvarande gäller rätten till skadestånd. "Det kan ej vara lagens mening, att köparen skulle genom godsets casuella förolyckande gå miste om en del av det skadeståndsbelopp han kunnat avfordra säljaren därest olyckan ej mellankommit, låt vara att köparens anspråk på gottgörelse för uteblivningsskada är för säljaren efter olyckan särskilt påkostande".[9]

Mot denna argumentation kan vissa invändningar riktas. Vad är

[5] Jfr ovan om skuldtanken.

[6] Almén, § 58 vid n. 10.

[7] Karlgren, "Perpetuatio obligationis" (TfR 1955 s. 361 ff.). Detta arbete har, framför allt genom att belysa relationen mellan olika typer av fareproblem och beträffande olika typer av "fara" utreda beydelsen av att ena parten betett sig culpöst, haft avsevärd betydelse för uppläggningen av detta avsnitt. Om fareregeln i 58 § se s. 375—379.

[8] A.a. s. 378.

[9] A.a. s. 377 f. Enligt min uppfattning kan Karlgrens konsekventa fasthållande av skuldtanken vad gäller hävningspåföljdens tillåtlighet och utformning, då köparen inte kan återställa mottagen prestation, svårligen förenas med förf:s avståndstagande från "deliktsteorin" i fråga om skyldighet för den som påkallar ogiltighetspåföljdens inträde att utge ersättning till motparten, se ovan s. 292 n. 1. För att ersättningsskyldighet skall inträda vid ogiltighet bör det enligt K. räcka med att motparten skulle drabbas alltför hårt om påföljden inträdde utan modifikationer. Den ersättningsskyldige behöver inte ha betett sig dolöst.

det för rättigheter som uppkommer redan i och med kontraktsbrottet och som alltså existerar vid tiden för godsets casuella förstörelse? I och med kontraktsbrottet får köparen hävningsrätt, men därmed upphävs eller förändras icke parternas rättigheter eller förpliktelser enligt avtalet.[1] Intill dess köparen avgivit *hävningsförklaring,* är han skyldig att mot leverans av godset erlägga köpeskillingen. Först i och med hävningsförklaringen upphör hans skyldighet att betala köpeskillingen eller uppstår rätt att återkräva den, såvida den är betald, samt rätt att fordra skadestånd för uteblivningsskada. Någon rätt att slippa betala eller att återkräva köpeskillingen eller någon skadeståndsfordran kan alltså inte ha uppkommit och kan följaktligen inte upphävas, om godsets casuella förstörelse skulle utgöra hinder för hävning. Denna invändning är dock endast av formell natur. Om det är riktigt att köparen inte utan egen förskyllan bör förlora de rättigheter som innefattas i eller är anknutna till hävningsrättsföljden, så kan det med rätta göras gällande att köparen inte heller utan egen förskyllan bör förlora den i praktiken likvärdiga förmån som ligger i möjligheten att genom en ensidig förklaring bringa dessa rättsföljder att inträda. Av väsentlig betydelse är däremot det närmare innehållet i den komplexa rättsföljd som köparen genom en ensidig förklaring kan bringa att inträda. Det är rätten att påkalla inträdet av *denna* rättsföljd, som icke bör läderas genom en efterföljande casuell händelse. Innehållet i denna rättsföljd — sedd som en rättighet för köparen — är att han, *mot att han håller godset tillhanda,* kan återkräva eller behålla köpeskillingen samt eventuellt fordra ersättning för uteblivningsskada. Denna rättsföljd kan inte realiseras om godset inte längre finns i behåll. Den hävningsrättsföljd som då kan komma ifråga är rätten att *vederlagsfritt* återkräva eller behålla köpeskillingen och dessutom eventuellt fordra ersättning för uteblivningsskada. Det är alltså inte fråga om *samma rättsföljd.* Köparens rättigheter före och efter den casuella händelsen framstår som identiska endast om man, vid analys av köparens i hävningsrättsföljden ingående rättigheter och förpliktelser, *isolerar* rätten att återkräva köpeskillingen från den därmed korresponderande skyldigheten att återställa godset och alltså utgår från att godsets casuella förstörelse upphäver det avhängighetsförhållande som eljest existerar mellan prestationerna. Ett sådant antagande kan, såvitt jag kan se, endast stödjas på fareregeln i 58 §. För att resonemanget skall gå ihop nödgas man alltså bygga på fare-

[1] Se om skillnaden mellan hävningsrätt och hävning, ovan s. 237 ff.

regeln i 58 § och resonemanget kan då inte samtidigt fungera som ratio legis för nämnda fareregel.

Över huvud ter det sig ofruktbart att, när fråga är vem som skall bära faran, anföra att part icke utan egen förskyllan bör gå förlustig en rätt. Fareansvar innebär ju definitionsmässigt att part får bära en förlust, som uppkommit utan hans egen förskyllan. Att prisfaran i ett ömsesidigt förpliktande kontrakt ligger på naturagäldenären innebär *alltid* att denne går förlustig en redan existerande rätt. Säljare, som på grund av vådahändelse icke kan avlämna godset, går förlustig den rätt till köpeskillingen som uppkommit redan vid avtalsslutet. Det anses inte ligga någonting obilligt i detta.

3 Utgångspunkten vid bedömandet av om fareregeln i 58 § har en hållbar ratio måste vara eljest accepterade grundsatser om faran för godset.

Frågan om vem som bär faran för godset uppkommer i flera olika situationer, som alla har det gemensamt att viss egendom förstörts, försämrats eller minskats genom en vådahändelse och fråga är vem av flera rättssubjekt som skall bära den därvid uppkomna förlusten. Oftast står valet mellan två parter i ett kontraktsförhållande med viss anknytning till godset. "Faran" avser olika rättsföljder beroende på vilket slag av kontraktsförhållande det är fråga om. I ensidigt förpliktande kontraktsförhållanden eller i sådana ömsesidigt förpliktande kontraktsförhållanden, som ej innebär att äganderätten till det gods som drabbas av casus skall överföras, avses huruvida besittaren, när han på grund av våda icke kan återställa godset till ägaren, blir ersättningsskyldig gentemot denne. Om besittaren är ersättningsskyldig, säger man att han bär faran för godset. Om besittaren icke är ersättningsskyldig, kommer förlusten att stanna på ägaren, och då är det denne som bär faran för godset. Fara i denna bemärkelse kallar jag värdefara. Huvudregeln är att ägaren bär värdefaran.[1]

I sådana ömsesidigt förpliktande avtal, vilka innebär överlåtelse av äganderätten till viss egendom, får man skilja mellan *prisfaran* och *prestationsfaran*. Prisfaran är främst relaterad till hävningsrättsföljden. Om köparen kan häva när godset drabbats av våda, så kommer förlusten — till den del den täcks av den överenskomna köpeskillingen — att drabba säljaren och denne bär alltså prisfaran. Om däremot vådahän-

[1] Den praktiska betydelsen av denna regel minskas dock genom att besittaren är bevisskyldig för att skadan icke uppkommit genom hans vållande, s. NJA 1968 s. 17, 1953 s. 409, 1951 s. 365, 1950 s. 5.

delsen ej ger köparen hävningsrätt, så kommer denna förlust att drabba köparen, varigenom denne bär faran. Beträffande prisfaran har lagstiftaren tagit avstånd från att tillmäta äganderätten till godset någon utslagsgivande betydelse och inte heller följer man konsekvent den i andra typer av ömsesidigt förpliktande avtal gällande regeln, att naturagäldenären bär faran för den prestation han skall utge. I stället är det *besittningsförhållandet* som i första hand är utslagsgivande. Besittaren har de bästa möjligheterna att förebygga casushändelser, och genom en regel som lägger faran på besittaren stimuleras denne att vidta förebyggande åtgärder. En fareregel med detta innehåll får sålunda en objektbevarande effekt. Vidare undgår man de bevissvårigheter som uppkommer med en regel av motsatt innehåll. Besittaren har vårdnadsplikt och om han svarade endast för vållande, skulle man i varje särskilt fall nödgas utreda hur förstörelsen uppkommit och huruvida besittaren vidtagit tillräckliga åtgärder för att förebygga den. Dessa ändamålsöverväganden ger emellertid inte något utslag, om vådahändelsen inträffat medan godset befunnit sig i självständig fraktförares händer. Här har man följt internationellt väletablerad praxis och lagt faran på köparen.

Med prestationsfaran avses en annan fråga, nämligen om gäldenären-säljaren gentemot köparen svarar för *hela* den förlust som uppkommer genom godsets förstörelse, då förlusten är större än motsvarande den överenskomna köpeskillingen. Detta kan ske antingen i den formen att säljaren, förutom att han går förlustig sin rätt till köpeskillingen, blir pliktig att utge ersättning motsvarande skillnaden mellan köpeskillingen och den genom vådahändelsen uppkomna förlusten eller i den formen att han måste leverera gillt gods. Om köparen kan ställa sådana anspråk, säger man att säljaren bär prestationsfaran. Kan köparen däremot ej ställa sådana anspråk, är det han själv som bär prestationsfaran.[1a]

Det bör observeras att prisfara och sådan värdefara, som endast avser ersättning motsvarande *direkt uteblivningsskada*,[2] är till sin effekt

[1a] Enligt huvudregeln utgör culpa en förutsättning för skadeståndsskyldighet i inomkontraktuella förhållanden. Beträffande leveransavtal har dock huvudregeln uppgivits i det att endast vådahändelser av typen force majeure befriar från skadeståndsskyldighet (24 § KöpL). Även vid köp av bestämt gods har huvudregeln modifierats genom omkastad bevisbörda. Gäldenären måste visa att skadan icke uppkommit genom hans vållande (23 § KöpL). Det skadeståndsansvar som grundas på att viss egenskap hos godset "kan anses tillförsäkrad" (det beryktade "garantiansvaret" enligt 42 § andra st. KöpL) innebär också ett avsteg från culpaprincipen och principen att prestationsfaran ligger på borgenären.

[2] Härmed avses ersättningsskyldighet begränsad till godsets värde mätt enligt återanskaffnings-, avkastnings- eller försäljningsmetoden. Jfr Rodhe, Obligations-

närliggande rättsföljder. Köparens hävningsrätt, när godset är totalförstört, kan uppfattas som en skyldighet för säljaren att utge värdeersättning med den överenskomna köpeskillingen såsom normerande för godsets värde.[3]

4 Fareregeln i 58 § innebär ett avsteg från huvudregeln i 17 § KöpL att köparen, sedan godset avlämnats, bär faran för godset, d v s att förluster i anledning av godsets casuella förstörelse skall stanna på honom. Även i andra sammanhang gör man emellertid avsteg från huvudregler om faran *till dens nackdel som betett sig kontraktsvidrigt.* Förhåller det sig möjligen så att regeln i 58 § kan härledas ur en mer allmän princip, enligt vilken faran för godset överförs på den av parterna som betett sig kontraktsvidrigt? Detta skall nu undersökas. Av intresse är därvid inte blott regler om prisfaran utan också regler, enligt vilka part är skyldig att vid casuell förstörelse utge ersättning för godsets värde, beräknat enligt någon annan norm än den överenskomna köpeskillingen.

Grundsatsen om perpetuatio obligationis[1] angår inte prisfaran utan skyldighet för gäldenär i dröjsmål att utge en på annat sätt beräknad ersättning för gods, som förstörts genom våda medan han befann sig i dröjsmål. Grundsatsen har utvidgats till att omfatta även andra typer av kontraktsbrott än dröjsmål och kallas då culpacasusregeln.[2]

rätt § 49 vid n. 3. Av framställningen i a.a. § 49 C torde framgå att förf. anser att sådant fareansvar som åvilar gäldenär som till ägaren är skyldig att *återställa* viss egendom (ett ansvar som praktiskt taget alltid vilar på culpacasusregeln, eftersom enligt huvudregeln faran i denna typ av relation ligger på ägaren) är begränsat till en skyldighet att utge *värdeersättning.* Karlgren framhäver, a.a. s. 365 f., att det ansvar som enligt culpacasusregeln åvilar gäldenären avser casus som drabbat prestationsobjektet och att ansvaret för därutöver gående skada i vart fall är begränsat enligt adekvansprincipen.

[3] Jfr ovan s. 37.

II. A. 4.

[1] Om perpetuatio obligationis i skandinavisk rätt se Rodhe, Obligationsrätt s. 545 överst, behandlat i § 48 som ett fall av strikt ansvar för skada, Ussing, Alm. del § 12 VI B. Hult "Perpetuatio obligationis" (med ytterligare litteraturhänvisningar i ämnet) samt Karlgren, a.a. Almén hör till de få skandinaviska författare som anser att principen ej kan anses upptagen i svensk rätt, se Almén, § 17 n. 152—161. Principen är lagfäst i tysk och fransk rätt, BGB § 287, C.c. art. 1245, se även SGA Sect. 20 andra st.

[2] Karlgren använder genomgående denna term, se a.a. Man talar också om casus mixtus (cum culpa), se Rodhe, § 42 vid n. 7—13. Om principens giltighet i svensk rätt se bl a Karlgren a.a. s. 380 ff. och Rodhe, a.st. vid n. 9 f. Almén intar i överensstämmelse med sin inställning till perpetuatio obligationis en negativ hållning, Tillägg till §§ 21—27 n. 57.

Culpacasusregeln har sin största betydelse då gäldenärens skyldighet att utge godset utgör en *skyldighet att till ägaren återställa detta*, t ex vid lega. Här är ju huvudregeln att ägaren — icke besittaren — bär faran. Genom culpacasusregeln överförs *hela* förlusten på besittaren. Vid köp däremot, där besittaren — även om han förfar helt kontraktsenligt — står faran för godset intill köpeskillingens belopp, får culpacasusregeln inte samma betydelse. Om vådahändelsen inträffar medan säljaren ännu bär prisfaran, medför tillämpning av culpacasusregeln att dennes ansvar utvidgas till att omfatta godsets värde även till den del detta överstiger den överenskomna köpeskillingen. Om man vidare antar att ersättningsskyldighet enligt culpacasusregeln är begränsad till godsets värde, mätt enligt återanskaffnings- eller vidareförsäljningspriset,[3] och således ej omfattar följdskador av godsets uteblivande, så blir skillnaden mycket liten. Även om den casuella händelsen inträffat efter det säljarens besittning upphört och prisfaran enligt huvudregeln övergått på köparen, får culpacasusregeln en begränsad betydelse. Om culpacasusregeln är tillämplig, så är detta i regel också fallet med 58 §. 58 § överför prisfaran på säljaren och culpacasusregeln kommer då endast att innebära en eventuell kompletterande ersättningsskyldighet. Vad som nu skall undersökas är emellertid om culpacasusregeln — *för den händelse fareregeln i 58 § inte existerade* — skulle ha samma eller ungefärligen samma effekt, som den som uppnås genom regeln om prisfaran i 58 §. Om så är fallet kan det hävdas att fareregeln i 58 § överensstämmer med en allmän princip, som även i andra sammanhang accepterats inom obligationsrätten.

I ett visst hänseende leder culpacasusregeln till ett för säljaren *strängare* resultat än fareregeln i 58 §. Fareregeln i 58 § är tillämplig endast då kontraktsbrottet ger köparen hävningsrätt, och för hävningsrätt fordras ju att det inträffade kontraktsbrottet är väsentligt. Enligt regeln om perpetuatio obligationis förutsätts inte att dröjsmålet är väsentligt. Vid tillämpning av culpacasusregeln på andra typer av kontraktsbrott än dröjsmål bör man, enligt vissa författare, uppställa ett väsentlighetskrav, men det får nog betraktas som osäkert om detta verkligen är gällande rätt.[4] Tillämpad i dröjsmålsfall och möjligen också vid andra typer av kontraktsbrott leder alltså culpacasusregeln till en

[3] Jfr ovan s. 320 f. n. 2.

[4] Karlgren anser, åtminstone de lege ferenda, att ett sådant väsentlighetskrav bör uppställas vid andra typer av kontraktsbrott än dröjsmål (a.a. s. 367 vid och i n. 10). I övrigt omtalas inom doktrinen icke något väsentlighetskrav, och rättspraxis ger inga belägg för att väsentlighet hos kontraktsbrottet skulle utgöra en förutsättning för ansvar enligt culpacasusregeln.

övervältring av faran i vissa fall, där fareregeln i 58 § icke är tillämplig.

I ett annat hänseende är emellertid gäldenärens ansvar enligt culpacasusregeln begränsat på ett sätt som gör regelns tillämpningsområde *avsevärt snävare* än det som tillkommer regeln om prisfaran i 58 §. Enligt grundsatsen om perpetuatio obligationis bortfaller gäldenärens ersättningsskyldighet, om godset skulle ha gått under *även om prestation skett i rätt tid.* I den mån skandinaviska författare erkänner grundsatsen om perpetuatio obligationis så erkänns också denna begränsning i ansvaret. Samma begränsning torde gälla culpacasusregeln generellt. Rättspraxis ger inga belägg för att culpacasusregeln skulle ha accepterats utan denna begränsning. Fareansvaret enligt 58 § är däremot *inte* underkastat någon sådan begränsning. *Det inträder oberoende av orsakssamband mellan kontraktsbrottet och godsets förstörelse genom våda.*

I culpacasusregeln fasthålls en princip, som måste anses såom grundläggande på skadeståndsrättens område, *nämligen att den ersättningsskyldige skall ha orsakat skadan.*[5] Gäldenärens kontraktsvidriga beteende skall ingå som en nödvändig beståndsdel i det händelseförlopp som ledde fram till godsets förstörelse. Detta händelseförlopp innefattar *också* vådahändelsen som ett nödvändigt element för skadans uppkomst. Att så är fallet upphäver emellertid inte den "logiska" kausali-

[5] Jfr ovan s. 256 f. om "logisk" kausalitet som en minimiförutsättning för skadeståndsskyldighet. Karlgren, som anställer en jämförelse mellan culpacasusregeln och prisfareregeln i 58 §, nämner över huvud icke denna enligt min uppfattning väsentliga skillnad. Vissa delar av framställningen ger nästan det intrycket att K. icke observerat den. Om prisfaran enligt 58 § sägs det (s. 375): Huruvida mellan kontraktsbrottet och den casuella händelsen finns *adekvat* (min understrykning) orsakssammanhang är (liksom för ansvar enligt culpacasusregeln) likgiltigt. Och denna reglering av prisfaran betyder att köparen såvitt godset i värde motsvarar köpeskillingen genom att utnyttja sin hävningsrätt når samma praktiska resultat som om det tillförsäkrats honom en skadeståndsrätt enligt culpacasusregeln. Karlgren uppställer vidare frågan, om prisfareregeln i 58 § med dess konsekvenser i skadeståndshänseende kan uppfattas som ett erkännande av culpacasusregelns grundsats (s. 378). Denna fråga besvaras nekande. Dels kan 58 § dra med sig skadestånd för uteblivningsskada även om säljaren inte betett sig culpöst (jfr ovan s. 320 n. 1a) och dels och framför allt innebär det skadeståndsansvar som följer av 58 § icke någon *utvidgning* av det primära ansvaret för kontraktsbrottet utan existerade redan *före* den causella händelsen (denna tankegång har återgivits i annat sammanhang, se ovan s. 317). Den skillnad som ligger i att ansvar enligt 58 § ej förutsätter ens *logisk* kausalitet mellan kontraktsbrottet och vådan nämns inte heller här. Karlgren avslutar jämförelsen mellan reglerna på följande sätt (s. 379): "I sak vinnes emellertid, då hävning sker å köparens sida, på angivet sätt överensstämmelse med vad som skulle gälla, om denne (oberoende av adekvansbegränsningen) säkrats enligt culpacasusregelns linje."

teten mellan vållandet och godsets förstörelse. *Både* gäldenärens culpa och vådahändelsen kan ha orsakat förstörelsen.[6] Vådahändelsen, som ett nödvändigt element i händelseförloppet, avbryter endast den "adekvata" kausalitet, som ju normalt utgör en förutsättning för ersättningsskyldighet. Culpacasusregeln innebär alltså att man frånfaller kravet på adekvat kausalitet *men däremot inte på logisk kausalitet såsom en minimiförutsättning*[7] *för ersättningsskyldighet.*

En vådahändelse drabbar ofta allt gods eller allt gods av visst slag, som vid en viss tidpunkt befinner sig på en bestämd plats. I de fall

[6] Rodhe, § 42 vid n. 13, anser att ett dylikt uttryckssätt är oriktigt; våda betyder inte någonting annat än frånvaro av vållande. Denna relation mellan begreppen våda och vållande existerar emellertid (enligt mitt intryck av hur man inom doktrinen använder dessa termer) endast, när fråga är huruvida visst beteende strider mot den allmänna regeln att gäldenären skall visa omsorg vid uppfyllandet av en förpliktelse som innefattar skyldighet att vidta lämpliga åtgärder till förebyggande av förutsebar menlig yttre påverkan. Här utesluter begreppen våda och vållande varandra. *Antingen* hade gäldenären bort förutse och förebygga inträdet av den yttre faktorn eller i vart fall hindra att den yttre faktorn drabbade den prestation han bort utge — förstörelsen har då inträffat genom vållande — *eller* hade gäldenären inte kunnat förutse eller i vart fall icke kunnat förebygga inträdet av den yttre faktorn eller dess effekt på hans prestation — förstörelsen har då inträffat genom våda. Om däremot det culpösa i gäldenärens beteende ligger i att han brutit mot en *viss konkret föreskrift som inte behöver vara ägnad att eller ens syfta till att förebygga den typ av förstörelse genom yttre påverkan som faktiskt inträffat* — t ex föreskrift att återlämna gods vid viss tidpunkt eller sända gods med viss transportlägenhet — så upplöses denna relation mellan begreppen våda och vållande. Vid bedömningen av om gäldenärens beteende är culpöst utgår man från den särskilda föreskriften. Vid bedömningen av huruvida förstörelsen inträffat genom våda utgår man från *en annan standard,* nämligen den som ligger i den generella grundsatsen att gäldenär skall vidta lämpliga åtgärder till förebyggande av att hans prestation blir omöjlig att fullgöra genom (förutsebar) yttre påverkan. Detta förefaller vara en rimlig förklaring till det språkbruk som givit upphov till uttrycket "casus mixtus cum culpa" och "culpacasusregeln". Till försvar för dessa termer kan ytterligare anföras att man måste skilja mellan "våda(händelse)" och prestations omöjlighet "genom/av våda". Ingen gäldenär kan förebygga naturtilldragelser såsom t ex orkaner. Däremot kan dessa ibland förutses och gäldenären kan förebygga att de drabbar den prestation han är skyldig att utge, t ex genom att förflytta objektet från orkanens verkningsområde. Om han underlåter detta så har objektets förstörelse genom orsaken uppkommit "genom vållande" och uteslutande genom vållande, men självfallet bevarar den yttre faktorn, orkanen, sin karaktär av "vådahändelse". Det torde vara korrekt juridiskt språkbruk att säga att förstörelsen i detta fall uppkommit *både* genom gäldenärens vållande (bestående i att han inte flyttade på godset) *och* en våda*händelse*. Däremot är det fel att säga att förstörelsen uppkommit både av vållande och av våda.

[7] I vissa fall bortfaller ansvaret oaktat denna förutsättning är förhanden. Vid fastställelse av ansvar enligt culpacasusregeln beaktas nämligen s k konkurrerande skadeorsaker, se Karlgren, a.a. s. 364 med hänvisningar till mer utförlig behandling av ämnet.

där ansvar enligt culpacasusregeln kan ifrågakomma består den ersättningsskyldiges medverkan i förloppet mestadels i att hans kontraktsstridiga beteende medfört att godset vid den ifrågavarande tidpunkten befinner sig på den kritiska platsen. Vid de typer av kontraktsbrott, där culpacasusregeln slagit igenom — dröjsmål och annan obehörig besittning, orderstridigt försändande samt, utanför köpets område, otillåten deviation och otillåtet utbyte av fartyg — förhåller det sig just på detta sätt.[8]

Vid dessa typer av kontraktsbrott leder en tillämpning av culpacasusregeln till ungefär samma resultat som fareregeln i 58 §. Detta sistnämnda stadgande är emellertid tillämpligt vid *alla typer* av kontraktsbrott. *Vid fel eller brist i godset torde det sällan föreligga något orsakssamband mellan kontraktsbrottet och att godset blivit förstört genom vådahändelsen.* I culpacasusregeln finner man alltså inte något stöd för fareregeln i 58 §.

Besläktade med culpacasusregeln är regler som på borgenären överför faran, då denne dröjer med att avhämta godset, främst 37 § KöpL.[1] Ett kontraktsbrott medför i detta fall att prisfaran överförs på den som betett sig kontraktsvidrigt. Emellertid kan inte heller 37 § åberopas som stöd för en allmän princip, enligt vilken faran för godset skall bäras av den part som betett sig kontraktsvidrigt. I de allra flesta fall, där 37 § är tillämplig, torde det föreligga ett orsakssamband — ehuru inte adekvat — mellan köparens kontraktsbrott och godsets förstörelse. Om köparen avhämtat godset i rätt tid, skulle detta icke ha drabbats av vådahändelsen. I de fall som avses med 37 § kan och bör köparen genom att avhämta godset förhindra att detta hos säljaren förstörs genom våda. När 58 § tillämpas på vådahändelser *före* hävning-

[8] Beträffande dröjsmål och andra fall av obehörig besittning tycks culpacasusregeln vara helt stabiliserad, se NJA 1878 s. 65, 1914 s. 190 och 1957 s. 337. Beträffande orderstridigt försändande, se NJA 1902 s. 3 och beträffande otillåten deviation och otillåtet utbyte av fartyg, se Rodhe, § 42 n. 10 och där givna hänvisningar. I NJA 1923 s. 266 bestod kontraktsbrottet i försummelse från säljarens sida att i rätt tid vidta viss bekräftelseåtgärd, nödvändig för att köparen skulle kunna utfå godset på bestämmelseorten. HD:s majoritet antog att, även om bekräftelsen avlåtits i rätt tid, köparen ej skulle ha haft någon möjlighet att utfå godset före den inträffade vådahändelsen, och säljaren undgick skadeståndsansvar. Två JustR hade en annan uppfattning i denna fråga och kom också till motsatt slut i skadeståndsfrågan.

[1] Släktskapen påvisas av Karlgren, a.a. s. 379. 37 § betecknas som "ytterligare" (förutom culpacasusregeln) "en regel, enligt vilken en kontrahents mora har relevans för vem som skall stå faran för godset".

en,[2] föreligger i regel inte något orsakssamband mellan kontraktsbrottet och vådahändelsen, och före en verksam hävningsförklaring har säljaren inga möjligheter att avhämta godset och på så sätt förhindra att detta förstörs av våda, medan det befinner sig hos köparen.

Sammanfattningsvis får man alltså konstatera att fareregeln i 58 §, tillämpad på vådahändelser före hävningen, ej överensstämmer med eljest accepterade grundsatser om faran. Den innebär — om man inte vill acceptera konstruktionen med avtalets retroaktiva upplösning — en avvikelse från huvudregeln om prisfaran i 17 §, och det fareansvar som anknyts till säljarens kontraktsbrott, går långt utöver det fareansvar, som i andra sammanhang anknutits till culpa hos en av parterna i kontraktsförhållandet.

Därmed är inte sagt att regeln är mindre ändamålsenlig än en regel med motsatt innehåll. Reglerna om faran för godset är knappast grundade på ändamålsöverväganden i inskränkt bemärkelse, och det förhåller sig kanske också så att man inte *kan* åstadkomma någon mer påtaglig nyttoeffekt genom att utforma reglerna på visst sätt.

Vad gäller faran för godset under transporten från avlämnandeorten finns det väl inga skäl som talar emot att man lägger faran på säljaren, när denne begått ett väsentligt kontraktsbrott, oaktat den motsatta regeln gäller när så inte är fallet. Visserligen kommer kontraktsbrottet härigenom att medföra en större utvidgning av säljarens fareansvar än som följer av culpacasusregeln, men denna sistnämnda regel är inte av så central betydelse i vårt rättssystem att man behöver känna sig bunden av den intresseavvägning som där har företagits.

Vad däremot gäller faran för godset under den tid det är i köparens besittning finns det skäl av klar ändamålskaraktär som talar för att lägga faran på denne, och ej på säljaren. En regel som lägger faran på köparen tenderar att få en objektbevarande effekt. Om man vidare antar att köparen bör svara för följderna av sitt eget vårdslösa förfogande, kan det vara lämpligt att lägga även casusansvaret på honom för att undvika svårbedömda tvister om orsaken till förstörelsen. Mot dessa ändamålsskäl kan endast anföras rättviseföreställningar med ungefärligt innehåll att den av parterna som betett sig klandervärt är närmare till att bära faran.

[2] Efter hävningen föreligger det däremot ofta ett orsakssamband, ehuru inte adekvat, mellan kontraktsbrottet och vådahändelsen. Mot dylika vådahändelser kan säljaren skydda sig genom att omgående avhämta godset, jfr nedan s. 333.

B Faran för godset efter hävningen

I och med att köparen avger en verksam hävningsförklaring förändras den rättsliga situationen på ett avgörande sätt. Köparen blir skyldig att ställa godset till säljarens disposition och får inte själv förfoga över det. Säljaren å sin sida kan och bör avhämta godset. Det är nu köparen som är naturagäldenär. Mellan köparens förpliktelse som naturagäldenär och hans rätt att slippa betala köpeskillingen eller återkräva den, om den är betald, uppkommer ett rättsligt avhängighetsförhållande, som i flera hänseenden är av samma slag som det som finns mellan parternas förpliktelser i ett icke fullgjort ömsesidigt förpliktande avtal. Till naturagäldenärens icke-uppfyllelse av den prestation som åvilar honom i hävningssituationen har man i olika rättssystem anknutit rättsföljder, typiska för det ömsesidigt förpliktande avtalet, nämligen detentionsrätt och rätt för motparten att vid avsiktlig eller vårdslös icke-uppfyllelse inhibera utgivandet av prestationerna.

1 Beträffande *prisfaran* gäller däremot, ej blott i skandinavisk rätt utan i alla de rättssystem, som beaktas i detta arbete, att den ligger på köparen. Denna regel har också upptagits i den uniforma köplagen.[1] Denna regel om prisfaran *efter hävning* behöver inte innebära någon tillämpning av berikelserättsliga grundsatser på köparens genom hävningen uppkomna prestationsskyldighet. I vissa rättssystem gäller även beträffande *prisfaran* i det ömsesidigt förpliktande avtalet satsen "res perit domino". Tillämpad på köparens prestationsskyldighet efter hävning innebär denna grundsats, som ju icke är av berikelserättslig natur, att säljaren står faran för godset. Den i fransk rätt gällande regeln om prisfaran i hävningssituationen torde visserligen bygga på berikelserättsliga överväganden.[2] Art. 1138, som ger uttryck för grundtanken "res perit domino", kan inte vara direkt tillämplig, eftersom detta stadgande endast avser "obligations conventionnelles". Emellertid står regeln om prisfaran efter hävning *i överensstämmelse med* huvudregeln om prisfaran i fransk rätt. *Även om* köparens prestationsskyldighet inte ansågs vara av berikelserättsligt slag, så skulle han slippa stå faran.[3] Enligt engelsk

B. 1.

[1] IntKöpL 79 § 2. d)

[2] Se om art. 1379 andra st. ovan s. 315 n. 1 f.

[3] Obs att regeln gäller även vid "action rédhibitoire" beträffande vådahändelser *efter* hävningen, se Planiol et Ripert X (Hamel), nr 137. Den särskilda fareregeln i art. 1647 gäller endast *före* det yrkande om rédhibition framställts. Godsets förstörelse utgör alltså hinder mot hävning men ger ej säljaren rätt att inhibera den redan inträdda hävningspåföljden.

rätt stannar äganderätten till godset och därmed också faran hos säljaren redan i och med att godset är sådant att köparen *kan* häva. Att hävningspåföljden inträder medför naturligtvis ingen förändring av detta fareläge.[4] Detta står i överensstämmelse med den regel som gäller faran för godset när naturagäldenärens förpliktelse att utge visst gods grundas på avtal.[5]

I tysk rätt gäller inte beträffande prisfaran satsen "res perit domino". Den för ömsesidigt förpliktande avtal i allmänhet gällande grundsatsen att prisfaran ligger på gäldenären tillämpas även beträffande avtal, som avser överförandet av äganderätt. De speciella köprättsliga reglerna om prisfaran (§§ 446, 447), som anknyter faran till *besittningen* av godset, innebär en endast obetydlig modifikation av den generella prisfareregeln i § 323. När köparen överfört besittningen till säljaren eller till en självständig fraktförare, har han i vart fall fullgjort huvudparten av sin prestationsskyldighet (och är alltså inte längre gäldenär).

Begreppet "gegenseitige Vertrage" enligt BGB förutsätter att de mot varandra stående förpliktelserna härrör ur "Rechtsgeschäft", viljeförklaring. Enligt den förhärskande uppfattningen grundas parternas förpliktelser efter hävning ej på "Rechtsgeschäft" utan på avtalets retroaktiva upplösning. Det är fråga om ett "Legalschuldverhältnis" och grunden för prestationsskyldigheten är av berikelserättsligt slag.[6] Dock råder mellan de förpliktelser som uppkommer efter hävning ett avhängighetsförhållande av samma slag som i "gegenseitige Vertrage". Om hävningen ger upphov till ömsesidig återbärings- eller ersättningsskyldighet, har parterna enligt § 348, som hänvisar till § 320, detentionsrätt. Vidare kan den part, som påtvingats hävningsrättsföljden, inhibera denna då den hävande råkar i Verzug med fullgörandet av sin prestation (§ 354), en rättsföljd som ju motsvarar Rücktritt i ömsesidigt förpliktande avtal. Däremot är huvudregeln om prisfaran vid ömsesidigt förpliktande avtal *ej* tillämplig beträffande den hävandes skyldighet att utge prestation. § 348, enligt vilken §§ 320 och 322 är tillämpliga på parternas förpliktelser efter hävning, nämner *icke* § 323. Detta förhållande tolkas e contrario, varigenom den hävande *bevarar* sin rätt till motprestationen, då den prestation han själv skulle utge gått under

[4] Se ovan s. 316 n. 4. Om faran undantagsvis skulle ha övergått på köparen återförs den på säljaren i och med hävningen. Detta anses följa av Sect. 36, se Atiyah, s. 192.

[5] Satsen "res perit domino" fastslås för köpets vidkommande i SGA Sect. 20. Äganderätten till bestämt gods överförs i regel redan i och med avtalet, Sect. 18 Rule 1.

[6] Se ovan s. 315 n. 2.

genom våda. Någon ersättningsskyldighet kan inte heller åläggas honom, eftersom såväl enligt doktrin som praxis regeln om ersättningsskyldighetens begränsning till behållen vinst i § 327 andra punkten skall tillämpas till förmån för den hävande parten.[7]

2 Wolf kritiserar skarpt den förhärskande uppfattningen om karaktären av det rättsförhållande som uppkommer vid hävning samt dess konsekvenser för prisfaran. Hävningsförklaringens effekt är inte att upplösa avtalet, varvid parternas skyldighet att återbära mottagna prestationer kommer att vila på berikelserättslig grundval, utan förklaringen ger *direkt* upphov till dessa förpliktelser. Det i och med parternas avtal uppkomna skuldförhållandet upphävs inte retroaktivt utan *förändras till sitt innehåll,* så att det nu avser att för borgenären återställa status quo ante. För parternas förpliktelser sedan köpet hävts gäller ej berikelserättsliga regler utan allmänna regler om förpliktelser grundade på "Rechtsgeschäft", således också särskilda regler angående gegenseitige Vertrage. § 323, enligt vilken gäldenären vid "nicht zu vertretene Unmöglichkeit" förlorar rätten till vederlaget, skall alltså tillämpas även på skyldigheten att efter hävning återställa mottagen prestation.[1]

Även jag har ju avvisat uppfattningen att hävningen retroaktivt upplöser avtalet och den därmed förbundna tillämpningen av berikelserättsliga grundsatser vid bedömningen av vilken rättslig betydelse som skall tilläggas köparens förfogande över godset och dettas förstörelse genom våda. Det kan inte bestridas att den situation som uppkommer efter hävning företer betydelsefulla likheter med den som föreligger i ett icke fullgjort ömsesidigt förpliktande avtal. Till hävningsgäldenärens avsiktliga eller culpösa icke-uppfyllelse har man ju också anknutit ungefär samma rättsföljder som till icke-uppfyllelse i ett ömsesidigt förpliktande avtal. Jag kan dock inte hålla med om att hävningssituationen i *alla* relevanta avseenden är analog med den som föreligger i ett ömsesidigt förpliktande avtal, och att man således utan vidare till hävningssituationen kan överföra den regel om faran som gäller i ömsesidigt förpliktande avtal, nämligen regeln att naturagäldenären står faran — åtminstone fram till det han i huvudsak fullgjort sin prestation. Wolf bygger sin argumentation på att skyldigheten att vid hävning återbära prestation — i likhet med skyldigheten att prestera i ett ömsesidigt förpliktande avtal — bygger på en *viljeförklaring* och att man

7 Se ovan s. 288 vid n. 2.
1 A.a. i avsnittet om "Die Rechtsnatur des Rücktrittsverhältnisses" s. 102 ff. Jfr ovan s. 315 n. 2.

därför bör tillämpa allmänna regler om icke-uppfyllelse av förpliktelser grundade på avtal. Mot denna argumentation kan invändas att den hävandes viljeförklaring spelar en relativt underordnad roll för uppkomsten av parternas förpliktelser vid hävning jämfört med den roll som tillkommer parternas viljeförklaring vid uppkomsten av förpliktelser grundade på avtal. Dessa senare grundas enbart på avtalet (i förening med regeln att avtal skall hållas) och i första hand är det detta som bestämmer förpliktelsernas innehåll. Även vid hävning uppkommer förpliktelserna i och med en viljeförklaring, hävningsförklaringen, men för att hävningsförklaringen skall ha denna effekt, måste en rad andra speciella omständigheter vara förhanden, främst ett väsentligt kontraktsbrott. Vidare kan den hävande inte genom sin förklaring påverka förpliktelsernas innehåll. Hävningsrättsföljden är dock först och främst *en av lagstiftaren utformad påföljd*. Till de omständigheter, som skall vara förhanden för att hävningsrättsföljden skall inträda, hör en viljeförklaring, men detta förhållande motiverar inte att man härvidlag tillämpar exakt samma regler som med avseende på förpliktelser grundade på avtal.[2]

Men vilken betydelse kan då tillmätas denna skillnad vid bedömande av farefrågan? Köplagens regler om prisfaran bygger på klara ändamålsöverväganden sammanhängande med det faktiska besittningsförhållandet. Dessa ändamålsöverväganden har ju i och för sig samma giltighet i fråga om prisfaran i hävningssituationen. En regel, som lägger faran på köparen-besittaren, får en objektbevarande effekt och man undgår de svårigheter som ett fastställande av gränsen mellan culpa och casus innebär, både generellt (vårdnadspliktens omfattning) och i det enskilda fallet (har köparen fullgjort sin vårdnadsplikt). Å andra sidan är det möjligen den omständigheten att fareregeln i 17 § gäller gods, som skall utges till följd av ett ömsesidigt förpliktande avtal, som motiverar att man fäster detta avseende vid det faktiska besittningsförhållandet. I relationen mellan ägare och den som till ägaren är skyldig att återställa visst gods har man *ej* fäst någon avgörande betydelse vid besittningsförhållandet, trots att ovannämnda skäl talar för att även här lägga faran på besittaren. Här gäller i stället principen att ägaren — icke besittaren — bär faran. Att det är fråga om värdefara, icke pris-

2 Jfr Wunner, a.a. s. 440 ff., som (på liknande grunder) kritiserar Wolfs uppfattning att hävningsrättsföljdens innehåll grundas på hävningsförklaringen. Wunner vill emellertid grunda hävningsrättsföljdens innehåll på själva *avtalet*. Bestämmelserna om Rücktritt och Wandelung skulle vara att betrakta som en legal tolkning av partsviljan (s. 449).

fara, kan ej motivera att en motsatt huvudregel gäller. Värdefara och prisfara är till sin effekt närliggande rättsföljder. Det bör vidare hållas i minnet att regeln att naturagäldenären bär faran för godset är en *specialregel för det ömsesidigt förpliktande avtalet.* Om naturagäldenärens förpliktelse ej är av detta slag, gäller i stället som huvudregel att ägaren-naturaborgenären bär faran. Denna regel är ej någon specialregel av berikelserättsligt slag. Fareregeln i 58 § kan alltså motiveras utan att man drar in berikelserättsliga överväganden. *Den står i överensstämmelse med huvudregeln om besittarens förpliktelse att återställa visst gods till dess ägare.* I hävningssituationen, där godset i relationen mellan parterna åsatts ett visst värde, köpeskillingen, kan man givetvis ta fasta på detta värde, och ge säljarens fareansvar karaktären av prisfara, ej värdefara. Den omständigheten att ett pris finns avtalat erbjuder en praktisk *form* för utkrävande av säljarens fareansvar.

3 Den för ömsesidigt förpliktande avtal gällande regeln att naturagäldenären bär prisfaran är vid köp underkastad vittgående undantag. Avlämnandebegreppet sammanfaller inte alltid med prestationsbegreppet och framför allt undantagsregeln i 17 § andra stycket, tillämplig vid köp av bestämt gods, innebär att prisfaran övergår på naturaborgenären innan gäldenären fullgjort sin prestationsskyldighet, nämligen så snart säljaren *håller godset redo. En tillämpning av fareregeln i 17 § på köparens prestationsskyldighet i hävningssituationen leder i själva verket i huvudsak till samma resultat som fareregeln i 58 §, kompletterad med culpacasusregeln.* Köparens prestationsskyldighet vid hävning avser alltid bestämt gods, nämligen det gods som säljaren avlämnat, ej gods av samma slag. Den är som regel okomplicerad och fordrar inga förberedelser. Köparen skall ställa godset till säljarens förfogande på den plats där han mottog det och i det skick det nu befinner sig. Prestationen kan och skall fullgöras omgående. Situationen är alltså *redan i och med hävningsförklaringen* analog med den situation som enligt 17 § andra stycket medför att faran övergår på naturaborgenären.

Om köparen *icke redohåller* godset, skall faran vid en analog tillämpning av 17 § ligga kvar på honom. Culpacasusregeln leder emellertid i många fall till samma resultat. Om köparen inte omgående håller godset redo för avhämtning, *utgör denna underlåtenhet i regel ett dröjsmål,* som ådrar köparen fareansvar enligt culpacasusregeln. Det kan inte råda något tvivel om att culpacasusregeln är tillämplig på köparens prestationsskyldighet enligt 57 §. Culpacasusregeln är tillämplig i andra situationer, där gäldenärens prestationsskyldighet avser åter-

ställande av gods till dess ägare. Det finns ingen anledning till att den inte skulle vara tillämplig, när prestationsskyldigheten grundas på hävning. Hur culpacasusansvaret bör vara utformat i detta fall — som ett prisansvar eller som ett värdeansvar — är en fråga av mindre betydelse. Viss skillnad uppkommer när godsets värde är lägre än priset. Emellertid kan man nog bortse från sådana eventuella differenser och välja den tekniskt enklare utvägen att utforma ansvaret som ett prisansvar. Culpacasusregeln fångar inte upp alla, men dock de allra flesta fall av vådaförstörelse som inträffar under ett dröjsmål. En tillämpning av de regler om faran som gäller i det ömsesidigt förpliktande avtalet skulle alltså i normalfall leda till i huvudsak samma resultat som fareregeln i 58 § kompletterad med culpacasusregeln. Redohållande överför enligt 17 § andra stycket faran på naturaborgenären och icke-redohållande innefattar i regel ett dröjsmål, som enligt culpacasusregeln överför faran på naturagäldenären.

Skillnad uppkommer främst där underlåtenhet att omgående redohålla godset *ej* innefattar något dröjsmål. Så är fallet då köparens prestationsskyldighet är av mer komplicerad beskaffenhet och ej kan fullgöras omgående. Om köparen vidareförsänt godset, innan han uppdagat eller bort uppdaga hävningsanledningen, är han möjligen i vissa fall skyldig att vid köpets hävande ställa godset till säljarens förfogande på den plats där han mottagit det, och skall alltså själv ombesörja återtransporten till denna ort.[3] Innan den tid som normalt åtgår till återtransporten förflutit, är köparens underlåtenhet att på den rätta orten ställa godset till säljarens förfogande icke något dröjsmål, men något redohållande har naturligtvis inte kommit till stånd. I detta fall leder alltså 58 § till annat resultat än en analog tillämpning av 17 §.

Köparen är in dubio inte skyldig att ombesörja återtransport av godset till säljaren, men om han åtagit sig detta, sker transporten på säljarens bekostnad och enligt 58 § också på dennes risk. En annan regel gäller när säljaren åtagit sig att försända godset till köparen. Enligt huvudregeln i 17 § övergår faran på köparen först vid avlämnandet. En analog tillämpning av denna regel, då köparen åtagit sig att återsända godset till säljaren, skulle innebära att köparen bar faran till dess godset

[3] Så enligt Almén, § 57 vid n. 93—99 och NJA 1915 s. 495. Se å andra sidan SvJT 1916 s. 178 rf nr 1. Enligt min åsikt är Alméns uppfattning ej i överensstämmelse med grundsatsen att skada, kostnad eller annan olägenhet som sammanhänger med hävningspåföljdens genomförande skall drabba den av parterna som begått kontraktsbrott. Det är köpets hävande som nödvändiggör återtransporten. Om godset hade varit kontraktsenligt skulle de med återtransporten förbundna kostnaderna och riskerna aldrig uppkommit.

överlämnats till säljaren själv eller till en självständig fraktförare. I denna situation visar det sig att man inte utan vidare kan överföra regler för det ömsesidigt förpliktande avtalet till parternas förpliktelser i hävningssituationen. Då transporten avser genomförandet av ett avtal, är det naturligt att risker och kostnader förbundna med genomförandet av detta avtal, *fördelas* mellan parterna med utgångspunkt från ändamålsöverväganden och parternas förmodade vilja, såsom skett i avlämnanderegeln. Ett överförande av samma regel till faran i hävningssituationen skulle vara oförenligt med synpunkten, att den kontraktsbrytande parten *ensam* skall träffas av de olägenheter som är förbundna med hävningspåföljdens genomförande.[4] Detta måste gälla vare sig det är fråga om skada, kostnad eller risk.

Fareregeln i 58 §, till den del den avser godsets förändring genom våda *efter* hävningen, är alltså i god överensstämmelse med eljest gällande regler om faran. I de fall där 58 § leder till annat resultat än den regel som gäller i en i visst avseende likartad situation — främst de fall när köparen åtagit sig återtransport — kan man påvisa en skillnad som motiverar den motsatta regeln. De skäl som ovan[5] (de lege ferenda) anförts mot fareregeln i 58 § tillämpad på vådahändelser *före hävningen,* har här ingen giltighet. Den förändring av den rättsliga situationen som inträder i och med hävningsförklaringen påverkar parternas agerande och kan medföra en avgörande förändring av det faktiska händelseförloppet. Säljaren kan nu avhämta godset och därigenom skydda det mot vådahändelser. Vidare får man anta att köparen, sedan han bestämt sig för att häva, vidtar andra dispositioner med godset än han eljest skulle ha gjort. Om skada inträffar har denna ofta ett åtminstone indirekt orsakssamband med kontraktsbrottet. Det kan inte påstås att köparen genom att häva på säljaren övervältrar ansvaret för en casushändelse, som skulle ha inträffat även vid en korrekt uppfyllelse av avtalet och som då skulle ha drabbat honom själv. Särskilt uppenbart är detta, då hävningspåföljdens genomförande innebär att godset utsätts för speciella risker (transportrisken vid återsändandet).

[4] Jfr ovan s. 260.
[5] Se under II A.

C Hävning då godset förändrats genom sin egen beskaffenhet

Även i rättssystem där ansvaret för casus vid hävning åvilar köparen gäller att en förändring i godset, som beror på *dettas egen beskaffenhet,* ej utgör hinder för hävning, C.c. art. 1647, som vid action rédhibitoire (den särskilda hävningspåföljden vid faktiskt fel i godset) lägger faran på köparen, undantar fall där gods behäftat med fel går under till följd av "sa mauvaise qualité". I tysk rätt inkluderas försämring uppkommen genom godsets egen beskaffenhet i begreppet Zufall. Även de författare som ställer sig kritiska till BGB:s fareregel i hävningssituationen och vill lägga faran på köparen, anser att säljaren bör svara för förändring, som uppkommit genom godsets egen beskaffenhet.[1]

I 58 § upptas förändring genom godsets egen beskaffenhet som en särskild kategori vid sidan av försämring genom casus. Ansvaret vilar på säljaren. Regeln i 58 § om förändring genom godsets egen beskaffenhet omfattar i själva verket två från varann artskilda grupper av fall som måste behandlas var och en för sig.

1 Främst avses fall där godset förstörts genom sin *icke kontraktsenliga* beskaffenhet. Det är fråga om fel som förelegat "in nuce" redan vid avlämnandet, men som först efter det köparen mottagit godset medfört en iakttagbar förändring. En under sådana förhållanden uppkommen förändring har en helt annan rättslig betydelse än en förändring som uppkommit genom någon av de andra i 58 § angivna omständigheterna. En förändring i godset, som uppkommit genom våda efter avlämnandet eller genom köparens förfogande över detta, utgör visserligen inte hinder för hävning men kan aldrig utgöra en *hävningsanledning.* En förändring i godset, som uppkommit genom dess ej kontraktsenliga beskaffenhet, utgör däremot (förutsatt att den är väsentlig) en hävningsanledning *och kan då inte samtidigt utgöra hinder för hävning eller ge säljaren rätt att inhibera hävningspåföljden.* Uppenbarligen förhåller det sig på detta sätt då köparen åberopat den inträdda för-

[1] Se t ex Hermann Schwenn, Die Gefahrtragung beim Rücktritt (AcP 1952/1953 s. 138 ff.). Förf. hävdar, s. 149 ff., (enligt min uppfattning på ett ej övertygande sätt) att BGB:s författare med reglerna om prisfaran i hävningssituationen endast velat komma åt sådana förändringar, som skulle ha inträffat även om godset ej traderats, d v s förändringar som uppkommit genom godsets egen beskaffenhet, och går så långt att han de lege lata förordar att tillämpningsområdet för BGB §§ 348 och 350 skall begränsas till förändring genom godsets egen beskaffenhet.

ändringen som hävningsanledning eller — mer exakt — som ett bevis för att godset vid avlämnandet ej haft kontraktsenlig hållbarhet eller motståndskraft mot yttre påfrestningar. En regel med annat innehåll är otänkbar. Men detsamma måste gälla även då köparen häver *innan* förändringen inträtt, därför att han på annat sätt uppdagat att godset ej har erforderlig hållbarhet eller på grund av ett annat fel i godset, som ej sammanhänger med dettas hållbarhet. Om köparen genom företagna laboratorieprov uppdagat att godset vid avlämnandet haft en så hög fuktighetshalt att det löper risk att fördärvas genom mögel och av denna anledning hävt köpet, kan den omständigheten att en mögelskada sedermera inträffar självfallet ej utgöra hinder för hävning. Tvärtom fungerar den inträffade mögelskadan som ett *ytterligare bevis* för att godset vid avlämnandet ej var av kontraktsenlig beskaffenhet. Om köparen hävt på grund av fel i godset, ej sammanhängande med dettas hållbarhet, tillkommer, genom en förändring i godset som beror på att detta ej haft kontraktsenlig hållbarhet, en *ytterligare hävningsanledning*. Vad beträffar de fall där förändringen uppkommit genom godsets icke kontraktsenliga beskaffenhet ter sig alltså regeln i 58 § tämligen överflödig. En omständighet, som utgör hävningsanledning, kan inte samtidigt utgöra hinder för köparen att häva eller ge säljaren rätt att inhibera hävningsrättsföljden.

2 Regeln i 58 § avser emellertid också förändringar som uppkommit genom godsets beskaffenhet, ehuru denna är *kontraktsenlig,* dock endast förändring som uppkommit *uteslutande,* "allenast", genom godsets egen beskaffenhet. Detta uttryckssätt måste förstås mot bakgrunden av att man, när man inom juridiken (och väl även inom andra vetenskaper och i icke vetenskapliga sammanhang) skall fastställa vad som orsakat viss effekt, endast beaktar *vissa* element i den alltid mycket komplexa orsaksbakgrunden, nämligen sådana element som utgör *avvikelser från en viss standard*. Vad gäller förändring i visst gods så uppkommer den alltid eller nästan alltid i nödvändig samverkan mellan "inre" egenskaper hos godset och "yttre" påverkan, såtillvida att förändringen i godset ej skulle ha inträtt i en annan (kanske mycket speciell) yttre miljö och ej heller om godset haft en annan (kanske exceptionell) motståndskraft mot det slag av yttre påverkan som förekommit. I den meningen har förändringen aldrig eller nästan aldrig uppkommit "allenast" genom godsets egen beskaffenhet. Med det i lagen använda uttryckssättet avses emellertid endast att det icke förekommit någon yttre påverkan, som är nödvändig för förändringens uppkomst

och som utgör *avvikelse från en viss standard.* Tillägget "allenast" tar främst sikte på de fall där yttre påverkan, som innebär avvikelse från den standard som innefattas i köparens plikt att ta vård om godset, medverkat till förändringen.[1] I dessa fall bär köparen ansvaret för förändringen. Gränsen mot vådafallen, alltså de fall där viss "onormal" — ehuru parterna otillräknelig — yttre påverkan varit nödvändig för skadans uppkomst, behöver man här inte bekymra sig om, eftersom vådafallen behandlas på samma sätt som förändring, uppkommen genom godsets egen beskaffenhet.

Förändring "allenast" genom godsets egen beskaffenhet föreligger alltså endast om det inte förekommit någon yttre påverkan, som är culpös eller eljest "onormal" och nödvändig för skadans uppkomst. Då måste man emellertid fråga sig: Är gods, som på ett menligt sätt förändras kort efter köpet utan att någon yttre "onormal" påverkan förekommit, verkligen kontraktsenligt? Beträffande de flesta varuslag torde gälla att godset för att vara kontraktsenligt måste kunna tåla den yttre påverkan som det "normalt" blir utsatt för åtminstone under den närmaste tiden efter köparens mottagande.[1a]

Förändring "allenast" genom godsets ej kontraktsvidriga beskaffenhet kan uppkomma endast hos gods tillhörande en ganska smal grupp av varuslag med en begränsad användningstid. Som exempel kan anföras färsk frukt, som efter en relativt kort tid ruttnar. Säljarens ansvar för förändring hos sådant gods begränsas emellertid starkt av köparens vårdnadsplikt. Dennas innehåll är ju relaterat till godsets beskaffenhet — eller rättare — vad köparen känner till om godsets beskaffenhet. Om godset har en begränsad användningstid och köparen icke vill använda det på grund av dess icke kontraktsenliga beskaffenhet, *utvidgas vårdnadsplikten* till att omfatta *särskilda åtgärder,* som kan vara

1 Almén, § 58 vid n. 30.

1a Se NJA 1938 s. 273 om köp av en häst, som (först) efter köpet visade sig istadig. Kärnan i HD:s resonemang tycks ha varit, att en häst som reagerar med istadighet på en i stort sett normal behandling ej kan betraktas som felfri. Jfr NJA 1949 s. 680. Se vidare U 1954.8 H (Skinn tappade håren vid beredningen, fråga om fel förelåg redan vid leveransen. Köparen lyckades styrka detta, i huvudsak genom att visa att han behandlat varan på ett normalt sätt.) samt NRt 1966 s. 996 (Hål i en båt. Felet väsentligt därför att båten sjönk utan extraordinär yttre påverkan och under väder- och fartförhållanden, som inte var på något sätt opåräkneliga (s. 1003). Därför ej heller hinder för hävning enligt 58 §.). Se även NJA 1958 s. 629, där fråga var om mögelskada, som uppkommit under transport av godset, haft sin grund i varans egen beskaffenhet, varvid försäkringsgivaren jämlikt 62 § FAL undgår ansvar. Det väsentliga vid prövningen av denna fråga blev om varan under transporten utsatts för någon onormal yttre påverkan.

erforderliga för att bevara godset intill dess det kan återställas till säljaren, samt framför allt till en *skyldighet att låta försälja godset på offentlig auktion,* om det inte är möjligt att bevara godset eller åtgärder erforderliga för godsets bevaring skulle vara alltför betungande för köparen.[2] Godsets särskilt ömtåliga beskaffenhet påverkar innehållet i vårdnadsplikten och därigenom också gränsdragningen gentemot de fall där förändringen ej uppkommit *uteslutande* genom godsets egen beskaffenhet. Skulle förändringen i godset ej ha inträtt, såvida köparen vidtagit de särskilda åtgärder som kan fordras av honom då godset är av särskilt ömtålig beskaffenhet, har förändringen ej inträtt "allenast" genom godsets ömtåliga beskaffenhet. I detta fall har en annan faktor *av sådant slag, att den beaktas* vid fastställande av orsaken till förändringen, utgjort ett sine qua non för förändringens uppkomst. Detsamma gäller auktionsförsäljning som ett utslag av vårdnadsplikten. Sådan försäljning siktar visserligen inte direkt på att förebygga förändring i godset utan på att utvinna godsets värde innan förändringen inträder, men i övrigt är situationen analog med andra fall där köparen försummat sin vårdnadsplikt. Den omständigheten att godset ej givit något ekonomiskt utbyte beror ej "allenast" på godsets egen beskaffenhet utan *också* på att köparen försummat sin plikt att genom auktionsförsäljning tillse att godsets värde utvinns.

Någon plikt att för säljarens räkning vårda godset kan enligt den mening som genomgående hävdats i detta arbete ej existera *före* en verksam hävningsförklaring. Vårdnadsplikten är relaterad till skyldigheten att återställa godset till köparen och denna skyldighet uppkommer först i och med hävningsförklaringen. Enligt en allmänt omfattad åsikt inträder emellertid vårdnadsplikten redan vid den tidpunkt då köparen uppdagar eller bör uppdaga den omständighet på grund av vilken han sedermera häver köpet.[3] Dessförinnan kan det emellertid inte existera någon vårdnadsplikt, och här har vi alltså en grupp fall, där förändringen kan uppkomma "allenast" genom godsets egen beskaffenhet. Antag att en köpare av ett parti äpplen inte kan få avsättning för frukten, som fördärvas i hans lagerlokaler. *Först därefter* upptäcker köparen att han fått *fel sorts* äpplen. Om köparen genast upptäckt (eller bort upptäcka) felet, skulle vårdnadsplikt ha inträtt. Vid bedömningen av vad som orsakat att fruktpartiet blivit fördärvat skulle köparens underlåtenhet att förhindra värdeförstöringen ha beaktats. Denna

[2] Se om skyldigheten att vårda gods som är "utsatt för förskämning eller snar förstörelse", 55 § jfr med 35 § KöpL.
[3] Jfr ovan s. 254 f.

skulle inte anses ha inträtt "allenast" genom godsets egen beskaffenhet. Naturligtvis har köparens beteende i samma mån medverkat till värdeförstöringen, oaktat han först vid en senare tidpunkt uppdagat hävningsanledningen, men i detta fall kan denna faktor inte beaktas vid fastställandet av vad som (i juridisk mening) orsakat värdeförstöringen. Den utgör nämligen inte någon avvikelse från den standard man håller sig till, alltså köparens vårdnadsplikt. I detta fall har förändringen alltså uppkommit "allenast" genom godsets egen beskaffenhet.

Säljarens ansvar i detta fall är tydligen grundat på skuldtanken. Endast därför att köparens underlåtenhet ej har karaktären av en pliktförsummelse, läggs ansvaret på säljaren. Om man inte accepterar skuldtanken, måste man ta avstånd från att i dessa fall lägga ansvaret på säljaren. Skadan drabbar omedelbart köparen och har inte något samband med kontraktsbrottet utan skulle ha inträffat även om godset varit kontraktsenligt. Att köparen uppdagar att så inte var fallet bör ej medföra rätt för honom att på säljaren övervältra en skada, som uppkommit genom hans underlåtenhet att tillvarata sina egna intressen i godset.

III. Särskilda regler om hävning i utomskandinavisk rätt då hävningsanledningen ej är ett kontraktsstridigt beteende

En jämförelse mellan köplagens regler om ansvaret för skada å godset i samband med hävning och motsvarande regler i andra rättssystem ger vid handen att säljarens hävningsansvar i skandinavisk rätt är ovanligt omfattande. Varken i tysk, fransk eller engelsk rätt fordras, för att ansvaret skall ligga på köparen, att denne är medveten om (eller bör vara medveten om) att han genom sitt beteende kränker ett säljarens intresse i godset.

Ännu mer påfallande jämfört med utomskandinavisk rätt blir köplagens reglering av denna ansvarsfråga, när man beaktar att köplagens hävningsregler har ett så omfattande tillämplighetsområde. Hävningspåföljden är anknuten, ej blott till de typiska kontraktsbrottsfallen, utan inträder även då säljarens icke-uppfyllelse beror av casuell omständighet, t o m force majeure. Vidare är den direkt tillämplig i gränsområdet mellan kontraktsbrott och felaktiga förutsättningar[1] och analogt tillämplig vid fall av ogiltighet på grund av felaktiga förutsättningar.[2]

I utomskandinavisk rätt finner man på sina håll särskilda regler för dessa fall, vilka ofta innebär att naturagäldenären — vid köp alltså säljaren — ej behandlas lika strängt, som då avtalet återgår på grund av hans avsiktliga eller culpösa icke-uppfyllelse av en avtalsförpliktelse. Den hittills gjorda jämförelsen mellan förutsättningarna för och innehållet i köplagens hävningspåföljd och motsvarande regler angående Rücktritt, résolution du contrat, right of rejection m fl hävningspåföljder, har alltså varit något haltande. Dessa sistnämnda regler har ett snävare tillämpningsområde än köplagens regler om hävning.

BGB:s regler om rättsförhållandets avveckling vid Rücktritt, §§ 346 ff., är tillämpliga endast, då avtalet hävs jämlikt §§ 325, 326 på

[1] Se NJA 1938 s. 318. Säljare, som lämnade oriktig uppgift om godsets användbarhet till det ändamål vartill det anskaffats, ansågs ansvarig enligt köplagens regler om fel i godset. Rättsfallet har refererats ovan s. 271 ff.

[2] Se t ex Bramsjö, s. 164 f. med hänvisningar.

grund av "zu vertretene Unmöglichkeit" eller "Verzug" (eller "positive Vertragsverletzung") samt vid faktiskt fel i godset. Om gäldenärens icke-uppfyllelse beror av Zufall samt i flera situationer som i skandinavisk rätt skulle klassificeras som fall av felaktiga förutsättningar, skall i stället rättsförhållandet avvecklas enligt reglerna om skyldighet att utge "obehörig vinst", §§ 812 ff.[3]

Även reglerna om rättsförhållandets avveckling vid Rücktritt anses ju vara ett slags berikelseregler.[4] Skyldighet att utge vad som mottagits anses vara en skyldighet att utge obehörig vinst och i § 327 andra punkten om den hävandes ersättningsskyldighet hänvisas direkt till vinstreglerna. Reglerna om Rücktritt har emellertid modifierats med hänsyn till att det här är ena parten, som ensam är skuld i att avtalet återgår. I jämförelse med de egentliga vinstreglerna innebär dessa modifikationer framför allt att den som bär ansvaret för hävningsanledningen ("der Rücktrittsgegner") behandlas särskilt strängt. Beträffande ansvaret för casus föreligger en avsevärd skillnad.

Den teoretiska eller kanske snarare doktrinära bakgrunden till Rücktrittsbestämmelsernas reglering av prisfaran är följande vinstresonemang: Part som mottagit prestation enligt ett sedermera upphävt avtal har gjort en vinst, och denna vinst är han — nota bene om den fortfarande finns i behåll — skyldig att utge. Det vederlag han själv utgett eller är skyldig att utge *beaktas icke* vid fastställandet av huruvida vinst uppkommit för honom. Vid Rücktritt uppkommer alltså *två vinstanspråk* och dessa skall bedömas *vart och ett för sig*. I kombination med principen att ansvaret är begränsat till *den behållna vinsten* leder denna uppfattning till att den som i anledning av avtalets hävande är skyldig att utge naturaprestation alltid undgår ansvaret för dennas casuella förstörelse. Säljaren förlorar vid köpets hävande rätten till köpeskillingen. Om han redan mottagit denna, har han därvid gjort en vinst som han nu är skyldig att utge. Köparens anspråk på köpeskillingen påverkas inte av att *säljarens anspråk gentemot honom* bortfallit enligt grundsatsen om prestationsskyldighetens begränsning till den behållna vinsten.

Om avveckling av rättsförhållandet skall ske enligt de egentliga vinstreglerna, sker vinstberäkningen på ett annat sätt. Parternas prestationsskyldighet vid återgång av ett ömsesidigt förpliktande avtal *be-*

[3] För casusfallens vidkommande se BGB § 323 tredje st. Om rättsförhållandets avveckling när avtalet återgår "wegen veränderter Umstände", se t ex Wolf, a.a. s. 100 ff.

[4] Jfr ovan s. 315 n. 2.

traktas som en enhet. Den som erhållit prestation till följd av återgång av ett ömsesidigt förpliktande avtal, får vid fastställandet av huruvida någon vinst därvid uppkommit avräkna värdet av den prestation han själv utgett. Endast om den prestation han mottagit haft ett högre värde än den prestation han utgett, anses någon vinst ha uppkommit för honom och vinsten uppgår endast till värdeskillnaden. Här uppkommer alltså inte såsom vid Rücktritt två berikelseanspråk utan endast ett, nämligen till förmån för den som utgivit mer än han mottagit. Eftersom anspråket avser värdeskillnaden går detta beräkningssätt under namnet "Saldotheori". Denna avräkning av parternas prestationsskyldighet mot varandra, utmynnande i ett "saldo", kan företas endast om båda parternas prestationsskyldighet avser pengar. Om — såsom i regel är fallet — ena partens prestationsskyldighet avser en naturaprestation, medan den andra parten skall betala en penningsumma, tillämpas Saldoteorin på det sättet att den uppkomna prestationsskyldigheten skall ske Zug um Zug och att *var och en av parterna bär faran för den prestation han mottagit och är skyldig att utge.*[5]

Saldoteorin har inte kommit till uttryck i lagtexten. Lagtexten ger närmast uttryck för den motsatta teorin, "Zweikondiktionentheori". Larenz betecknar Saldoteorins tillämpning de lege lata som ett "Gesetzeskorrektur", som utbildats på grundval av billighetsöverväganden. Man har ansett att vinstreglernas begränsning av prestationsskyldigheten till den behållna vinsten leder till orimliga resultat, då båda parterna mottagit prestation enligt avtalet och blott ena parten fortfarande har vinsten i behåll.[6]

Misrepresentation i engelsk rätt[7] föreligger när någon genom sina uttalanden eller sitt uppträdande i övrigt inger motparten felaktiga föreställningar och på detta sätt förmår denne att ingå avtal.[8] Det omfattar alltså åtskilliga fall av svek och felaktiga förutsättningar, som enligt skandinavisk rätt utlöser felpåföljder. Enligt engelsk rätt kan borgenären i

[5] Om detta beräkningssätt, som slagit igenom i praxis och som förordas av en majoritet inom doktrinen, se t ex framställningen hos Enneccerus-Lehmann, § 227 3 och Larenz I, § 25 II b). Monografin i ämnet är Weintraud, G., Die Saldotheori, Breslau 1931. Se även Hellner, Obehörig vinst s. 38 f.

[6] Larenz, a.st.

[7] Om misrepresentation se nu Chitty, General Principles (1968) nr 261 ff. samt Atiyah and Treitel, Misrepresentation Act 1967 (30 M. L. R. 369). Chesire and Fifoot, se s. 233 ff. (senaste uppl. 1969), har inte i samma mån omarbetat framställningen med hänsyn till den nya lagstiftningen.

[8] Om innebörden av misrepresentation, se Chitty, a.a. nr 264 ff., Chesire and Fifoot, s. 233 ff.

dessa fall i regel inte begagna sig av de vanliga kontraktsbrottspåföljderna. Den engelska motsvarigheten till hävningspåföljden i dessa fall är *rescission*.

En förutsättning för rescission är att mottagna prestationer kan återbäras i väsentligen oförändrat skick. Restitutio in integrum är ett nödvändigt element i påföljden. Detta skall dock inte fattas bokstavligt. Mindre förändringar utgör inte hinder för återgång, men i dessa fall blir borgenären ersättningsskyldig. Dessa regler motiveras med att rescission inte är repressiv utan endast reparativ till sin karaktär.[9] Med skandinavisk terminologi och tillämpade på köp innebär dessa regler att köparens oförmåga att återställa godset i väsentligen oförändrat skick utgör hinder för hävning samt *att han blir ersättningsskyldig för mindre väsentliga förändringar*.

Genom Misrepresentation Act 1967 begränsades hävningsrätten ytterligare. Enligt Sect. 2 (2) kan domstolen vid misrepresentation, som inte är fraudulent, vägra rescission och i stället utdöma (ett begränsat) skadestånd. Domstolens prövning skall grundas på skälighetsöverväganden, och bland de omständigheter som skall beaktas nämns i lagtexten den skada som hävning skulle medföra för gäldenären.[10]

De särskilda reglerna om *"frustration"* utgör också delvis en motsvarighet till våra hävningsregler. Ett avtal är "frustrated" om det blivit omöjligt att fullgöra genom force majeure. Naturagäldenären behandlas i flera hänseenden mindre strängt, då hans oförmåga att fullgöra prestation beror på "frustration".[1]

Frustrated Contracts Act innehåller en regel av intresse i förevarande sammanhang.[2] Det berömda Fibrosa case upphävde inte den i Cutter v. Powell tillämpade regeln, att part icke är skyldig att utge någon del av vederlaget utom mot fullständig uppfyllelse av kontraktet — ej ens när fullständig uppfyllelse blivit omöjlig genom ett oförutsebart och oundvikligt ingripande av högre makt. Denna gentemot naturagäl-

[9] Om restitutio in integrum, se Chitty, a.a. nr 305 ff., Chesire and Fifoot, s. 251, 260 f. samt Wilson, s. 152.

[10] Se härom närmare Chitty, a.a. nr 297, 301.

[1] I den mån de särskilda reglerna om frustration sammanhänger med principen "loss lies where it falls" är de här utan intresse. Det är fråga om specialregler för det fall att betalning skett i förskott, och i svensk rätt tillmäter man inte förskottsbetalning någon betydelse i förevarande sammanhang.

[2] Obs dock att tillämplighetsområdet för Frustrated Contracts Act vid köp av lös egendom är snävt, eftersom förstörelse av bestämt gods behandlas enligt regler om frustration i common law. Tillämplighetsområdet begränsas därvid till förstörelse av godset vid halvgeneriska köp samt frustration, som ej innefattar förstörelse av godset, se närmare Atiyah, s. 111 ff.

denären synnerligen stränga regel mildras och/eller kringgås i viss mån genom regler om "acceptance of part performance" och "the doctrine of substantial performance". Frustrated Contracts Act går emellertid längre. Den som erhållit prestation såsom delvis fullgörelse av ett avtal kan förpliktas att utge en summa motsvarande värdet (för honom) av vad han mottagit.[3] Bestämmelsen är av betydelse då prestationen kommit gäldenären tillgodo under sådana omständigheter, att någon acceptance med åtföljande betalningsskyldighet ej föreligger, och då det som mottagits ej heller utgör "a substantial part" av den prestation som skulle fullgöras. Denna lösning på problemet kan väl närmast beskrivas som totalhävning kombinerad med skyldighet för den hävande att utge värdeersättning. Den sistnämnda får visserligen inte överstiga det värde prestationen haft för mottagaren, men detta torde ej innebära att ersättningsskyldigheten är begränsad till den vid tidpunkten för avtalets upphävande genom frustration behållna vinsten. Om frustration icke föreligger, är mottagaren för övrigt inte skyldig att utge ens denna behållna vinst.

Om den del av prestationen som direkt berörs av omöjligheten kan avskiljas (properly be severed) från redan fullgjord del av avtalet, kan domstolen i stället välja att tillämpa regler om frustration på den del av avtalet som blivit omöjlig att fullgöra och upprätthålla avtalet i övrigt.[4] I stället för ersättningsmetoden väljer man alltså att begränsa borgenärens hävningsrätt till den ej fullgjorda delen av avtalet. Om avtalet är divisible eller om "acceptance" av delprestation eljest förekommit, är hävningsrätten begränsad till ej fullgjord del, även om den delvisa omöjligheten ej beror av frustration. Har borgenärens mottagande av delprestation däremot ej inneburit någon "acceptance", medför den delvisa omöjlighetens karaktär av frustration en avvikelse till gäldenärens förmån jämfört med eljest gällande hävningsregler.

Dessa olika specialregler, som äger tillämpning då återgångspåföljden ej grundas på gäldenärens culpösa eller avsiktliga icke-uppfyllelse stöder min uppfattning om att ansvaret för godset enligt de egentliga hävningsreglerna har en repressiv karaktär. Om återgångsanledningen ej är en klandervärd icke-uppfyllelse, kan man inte längre försvara denna repressiva utformning av hävningspåföljden.

I skandinavisk rätt har man velat skapa en enhetlig hävningspåföljd. Denna inträder under i huvudsak samma förutsättningar och har

[3] Sect. 1 (3).
[4] Sect. 2 (4).

samma innehåll, oavsett vilket slags hävningsanledning det är fråga om. Denna enhetliga och därför onyanserade behandling av olika grupper av hävningsanledningar har säkert goda skäl för sig. För köparen kan det vara ytterligt svårt att avgöra vad som orsakat icke-uppfyllelsen — för att inte tala om svårigheten att dra gränsen mellan felaktiga förutsättningar och fel i godset. Det är av synnerlig vikt för honom att veta om och hur han kan utöva hävningspåföljden. En felbedömning kan för honom få allvarliga följder. Den fördel, som uppnås genom en enhetlig utformning av hävningsreglerna, uppväger den olägenhet som ligger i att olika fall behandlas lika, och att den enhetliga påföljden således inte kan vara utformad på ett sätt, som helt passar alla de grupper av fall till vilka påföljden är anknuten.[5] Att hävningspåföljden inträder *också* i de fall, där säljaren inte kan klandras för det inträffade, kan emellertid anföras som ytterligare ett skäl mot att ge hävningspåföljden det repressiva innehåll som innefattas i principen, att köparens ansvar i hävningssituationen är begränsat till skada som han, efter det han fått eller bort få kunskap om hävningsanledningen, åstadkommit genom ett vårdslöst eller avsiktligt förfogande över godset.

[5] Denna konflikt mellan intresset av att reglerna skall ge en "rättvis" lösning i det enskilda fallet och intresset av att fastställa förutsättningarna för inträdet av en påföljd på ett sådant sätt att part, som skall utöva den, kan avgöra om de är förhanden, har behandlats mer utförligt i 1 kap. II C 4.

Studies in the Law of Sale of Goods

Summary

The present dissertation deals with some problems concerning the right to treat a contract of sale of goods as discharged (referred to below as "the right of rescission") in various situations which may arise in the course of performance. Attention is directed to those special considerations relevant to the right of rescission which depend on how far performance has proceeded when the question of rescission comes up.

Chapter 1 is of a general informative character; certain questions of fundamental importance for the exposition in the subsequent chapters are also discussed. After some definitions and a few words to familiarize the reader with basic aspects of the subject (Section I) there follows in Section II an account of various theories as to the true basis of the remedy of rescission and the significance of those theories in framing the rules concerning rescission. In Scandinavian law, and in several systems outside Scandinavia too, rescission has been associated with doctrines of conditions and of assumptions. Attempts have been made to base the right of rescission for breach of contract on the intention, real or presumed, of the parties. This view is now practically discarded. The abandonment of a theory as to the basis of a rule does not always, however, involve a repudiation of the rule itself, nor a transformation of its contents even to the extent that those contents were determined by the rejected theory. The rule as framed may well have become generally accepted and be regarded as self-evident so that the connection between the rule and the repudiated theory fails to attract notice. In nearly all cases where the writer has found that the rule which is applicable—or at any rate thought to be applicable—is an inappropriate one, then its contents will have been influenced by attempts to justify the rule by referring to the real or presumed intention of the parties or to some other auxiliary legal theory created to make it possible to fit the rule into the recognized legal system and set of values.

The writer tries to ascertain the ends to be attained by the remedy of rescission according to modern views. In the writer's opinion, an

essential function of the remedy is to provide the injured party with (limited) financial compensation for the breach of contract. The object cannot be, however, to put the injured party in the same financial position as he would have enjoyed if there had been no contract, if this would be *more* advantageous to him than a proper performance of the contract.

Section III contains a survey of the effects of rescission and other remedies for breach of contract in a number of typical situations. It is maintained that the results of rescission where there is a fluctuating market are out of harmony with the objects of the remedy and should be regarded as by-products. Criticism is passed on the method of proportional calculation in cases where a reduction in the price is claimed (the *actio quanti minoris*) as that method is applied in cases of breach of undertakings as to quality. In Section IV a general account is given of the provisions concerning rescission and other remedies for breach of contract in the Swedish Sale of Goods Act. The rule of Swedish law that the breach must normally be substantial in order to entitle a party to rescind is examined at somewhat greater length. This is conceived by the writer as a standard rule giving the court a certain measure of freedom in exercising its discretion. The writer examines the generally accepted opinion that a buyer is not entitled to keep part of the goods and reject the rest when *all* the goods are defective or have been delayed. This rule does not seem to be based on any rational grounds but appears founded on the notion, which is now abandoned, that a partial rescission is lawful only where an intention to that effect can be inferred from the agreement or from the parties' behaviour after the conclusion of the contract.

In Chapter 2 a study is made of the right to withhold performance and what is here termed "the right of temporary rejection", i.e. the power of an innocent party to reject tender which is in breach of contract but at the same time insist on proper performance by the defaulting party. Section I contains an investigation of the purposes of these rights. A distinction is made between two functions—to obtain security and to bring pressure to bear. In Section II the connection is examined between the right of withholding performance and the right of temporary rejection on the one hand, and the right to sue for specific performance on the other hand. Normally a pre-requisite of the former rights is that the party at fault can be ordered to make specific performance; and by Scandinavian law such an order is granted as of right in sale-of-goods cases if only specific performance is physically possible. But the

contrary rule applies when an undertaking is broken as to quality in specific goods: the seller cannot then be ordered to remedy the breach. It has been concluded from this that the buyer has no right to withhold payment or refuse to take delivery pending removal of the defect. In support of a rule to that effect the Swedish case reported in NJA 1924 p. 346 is usually cited. In the writer's opinion, however, this decision shows that the buyer of specific goods in fact has a right to withhold payment and to reject the goods where a condition as to quality is broken, but that the seller can put an end to these rights by an unequivocal refusal to deliver faultless goods. The contract will then be regarded as rescinded, but in favour of the *buyer* who is entitled to damages calculated on the basis of the value of the goods at the time of the said unequivocal refusal to deliver.

The receipt of partial or incomplete performance does not necessarily give rise to an obligation to pay for it. If and to the extent that the injured party, where the remaining performance is not rendered, will be entitled to rescind even as to the performance already received, then he normally enjoys a corresponding right of withholding his own performance. It is generally assumed, however, that no such connection between the right of rescission and that of withholding performance exists in the case of a contract for the sale of goods by instalments. If in such a case there is a breach of contract with respect to one or more instalments, then the injured party will often be entitled to rescind even as to future deliveries by reason of the risk for repeated breaches. But he has not in these cases, according to the predominant opinion, any right of withholding his own performance corresponding to his right of rescission. If there is delay in payment of the price, the seller can normally rescind the contract as regards future performance, but he cannot temporarily put an end to the deliveries until the buyer has performed his duty to pay for goods already delivered. The writer argues that this rule is based on a mechanical deduction from the notion that each delivery where goods are sold by instalments is to be regarded as a separate contract. This is an auxiliary legal doctrine, the application of which in this case leads to a clearly undesirable result. Nor does the predominant opinion allow the buyer, when the seller has failed to render part of his performance properly, to withhold payment for goods already delivered in security for his claim for the remaining performance. In the opinion of the writer this rule, too, may be called in question as part of the law of the future.

Section IV contains a discussion of the problem whether the right

of temporary rejection is qualified by a requirement that the breach must be substantial. The basic rule is that the right of rescission presupposes a substantial breach of contract. This raises the question whether the right of temporary rejection should also depend on a pre-requisite that what remains to be paid or otherwise done by the defendant constitutes a substantial part of his performance. If the right of temporary rejection is not qualified by such a requirement, then the rule insisting on a substantial breach as a condition of rescission will be rendered inoperative in some cases, to wit those where the plaintiff first rejects the performance tendered as being in breach of contract and thereupon, if the breach is not removed, rescinds on account of delay in performance. The writer argues that certain reasons can be given in favour of such a tightening-up of the rules as to rescission.

There follows a general discussion of the contrast between the requirement of a substantial breach and the principle that the plaintiff is entitled to a precise performance of the promise. The writer demonstrates that cases exist where the rule demanding a substantial breach is not in fact upheld, namely when the defendant's breach of contract consists in his laying down unjustified conditions for actual performance and in cases analogous thereto.

Chapter 3 deals with rescission where delivery is by instalments. Section I contains a summary exposition of the specific rules concerning rescission in these cases. In Section II the writer examines theories and considerations of aims and objects adduced both in support of the basic principle of Swedish law that the right of rescission is confined to the particular delivery or payment which is defective, and as a basis of the corresponding English rules governing "divisible" contracts. It is possible that, in the background of the Swedish principle, an attempt can be discerned to attribute to the intention of the parties certain restrictions on the right of rescission, although the restrictions are in reality founded on considerations of a different nature.

There follows an investigation whether those rules are really fitted to their purposes which are derived from the principle that each instalment must be treated as a separate contract as regards remedies. The rule that there can be no rescission with regard to *deliveries already made* is even found in systems where all instalments are regarded as one unit from the point of view of remedies, and finds its chief justification in considerations of the safe enjoyment of acquired rights: an existing position should not be disturbed when it has become established and particularly when it has been brought about by the parties having for a

time correctly performed their contractual duties. It is more doubtful, however, which rule should be adopted with respect to *deliveries not yet made*. The principle that there can be rescission as to future instalments only if the buyer would be prejudiced by having to abide by the contract in part—this rule is far more lenient towards the defaulting party than the one applicable to cases where performance is made once for all. The writer tries to establish the practical reasons which are inherent in the particular circumstances applicable to instalment contracts and may justify the distinction.

The writer considers the rule described above, to the effect that the right of withholding performance in the case of instalment contracts is confined to the particular counter-performance bound up with the delivery or payment which has not been made in accordance with the contract. The rule is found clearly inappropriate. It was demonstrated in Chapter 2 that the right of withholding performance, in order to fulfil its function of providing security, must be *at least equal* in its scope compared to the right of rescission. After having considered the situation which arises as a consequence of an instalment contract, the question is raised whether the further step would not be warranted of allowing the innocent party to withhold a delivery or a payment until the defaulting party has discharged all the obligations which ought to have been discharged before the performance which is being withheld. If the right of withholding performance is extended in the manner indicated, a consequence will be a corresponding extension of the right of rescission in case the retention does not lead to the desired effect. In the writer's opinion there are good reasons for accepting such an extension of the right of rescission.

In Section III certain questions are dealt with concerning the scope of the special rules applicable to contracts for delivery by instalments. If in contracts for the sale of goods by instalments the rationale for limiting the right of rescission is *not* any intention of the parties manifested in the contract, then it may seem natural to apply the same rules to contracts which are *in fact* performed by instalments though no such arrangement has been agreed on. Certain reasons are given against the acceptance of such an analogy, especially that the argument of safe enjoyment of acquired rights does not assert itself with the same force when performance by instalments is not stipulated as in the case of an actual agreement to deliver by instalments; for in the latter case the remedy of rescission would upset a position established not only in fact but also in law, brought about, as it is, by the correct performance up to

the moment of breach of the contractual duties of both parties. The writer also rejects the view, advocated by Scandinavian text-writers, that the buyer must give notice in order to preserve his right of rejecting an instalment of which he has taken delivery.

The normal practice in contracts for the sale of goods by instalments is for the price to be paid separately for each instalment. The parties can, however, agree that the price is not to be paid until the whole consignment has been delivered. An agreement of that kind should, in the writer's opinion, exclude the application of the special rules concerning rescission of contracts for the sale of goods by instalments, and it is suggested that substantially the same rules should be applied in these cases as where the whole consignment is to be delivered at once.

In Section IV a study is made of the right of premature rescission on account of the risk of a breach of contract ("anticipatory breach"). That right exists even if the contract is not one for the delivery of goods by instalments; the writer tries to establish the practical reasons behind these rules. Their purpose must be to forestall damage which may ensue if the innocent party continues to be bound by the contract. If the innocent party is given the right of premature rescission, then he can, without incurring the risk of himself breaking the contract, avoid such damage as the other party's breach would have led to. A buyer who for his business is dependent on the supply of particular raw materials gets a chance of obtaining them in time from some other source, and a seller can stop production of goods for which there is no other demand. There follows an account and analysis of the basic rule as to the right of premature rescission where the contract is not one for the sale of goods by instalments; the effect of this rule is that the innocent party can rescind if, and only if, there is a certainty, or a probability almost amounting to certainty, that there will be a breach of contract. Some special rules designed for particular situations are also discussed.

The next point is an examination of the rules concerning the right of premature rescission in relation to a contract for the sale of goods by instalments when there has already been a breach as to one or more instalments. Note is taken of the fact that here, in comparison with other cases, a much less pronounced risk of a future breach of contract is sufficient to create a right of rescission and an attempt is made to explain the difference. The explanation may be that the previous breach, *in its capacity of conduct which infringes the contract,* causes a reduction of the indulgence otherwise shown the defendant. If this is so, the import of the rules is a partial abandonment of the principle that each

instalment should be regarded as a separate contract from the remedial point of view. It is possible, however, that the explanation, at least to some extent, is to be found in considerations of legal technique. The rules concerning the right of premature rescission may be viewed as a kind of presumptions, by virtue of which the breach committed will be deemed to constitute evidence of the likelihood of a repetition. The reasons for adopting such rules of presumption maw be that a breach of the kind in question is comparatively easy to prove (the basic fact of a good presumption of law should be easy of proof) and also that the breach statistically justifies the inference that another breach will occur in the future. Against this background a study is made of certain questions concerning the contents of the rules, particularly the problem how far the circumstances attendant on the breach could be accorded immediate legal significance (not merely evidential importance) for the right to rescind with regard to the future.

The basic rule that a breach of contract as to one or more instalments does not by itself entitle the injured party to rescind in respect of future items—this rule is made illusory on account of the right to rescind by virtue of the risk of fresh breaches of contract. In Section V the question is examined whether the combined effect of these rules provides a satisfactory solution of the problem of the right to rescind as to the future in contracts for the sale of goods by instalments. The writer concludes that this is not the case. The rules based on the risk of repetition do not take account of all cases where an extended right of rescission is warranted out of consideration for the injured party and in order to achieve a deterrent effect. In other cases the rules appear to be too severe on the party at fault. This is particularly true of art. 29 of the Swedish Sale of Goods Act when applied to cases where the delay in payment is not due to insolvency.

In order further to elucidate the problems a fairly detailed account is given of the development of English and American law in the field now under consideration; these systems have set out from the same starting-point as Swedish law, i.e. the view that the several instalments should be regarded as separate contracts as far as remedies are concerned.

The writer finally adumbrates a few solutions of the problem, designed to make the rules cover the cases where an extended right of rescission is essential at the same time as regard is paid to the interest of the defaulting party not to see possibly large-scale business transactions come to nothing on account of momentary omissions. The result reached

by the writer is that a satisfactory solution can be achieved by recognizing an extended right of withholding performance and a corresponding right to rescind. Apart from this there is, as demonstrated in the dissertation, room within the existing provisions for taking the gravity of the breach into consideration in a greater degree than seems now to be the practice.

If the buyer is unable to restore the goods in an unchanged condition, the question arises whether this should constitute a bar to rescission or oblige the buyer to pay compensation for the reduction in value. This is the topic of Chapter 4. In dealing with these questions the point of departure in Scandinavian as well as non-Scandinavian law has been the doctrine that rescission works a retroactive dissolution of the contract and that the innocent party already at the moment of breach acquires a right to be placed in the same financial position as if no contract had ever been concluded. In Paragraph A of Section I the question is considered, when the buyer's dispositions as regards the goods amount to a bar to rescission. Certain systems outside Scandinavia have—although they set out from the theory of retroactive dissolution—managed to establish strict liability for acts done by the party claiming rescission—in French law by the fiction that the buyer's dealing with the goods implies a waiver of the right to rescind, in German law through a reference to the principle of *venire contra factum proprium,* and in English law by contending that any dealing by the buyer with the goods is "inconsistent with the ownership of the seller". In these systems a dealing prevents rescission even if made before the buyer knows or ought to know of the ground for rescission. According to the predominant opinion among Scandinavian lawyers, on the other hand, an element of *fault* is required in the actions of the buyer. Only where the dealing takes place after the buyer has, or should have, discovered the actual ground of rescission—only then can he be reproached for not having protected the seller's interest in the goods and only in such cases should the disposition constitute a bar to rescission.

According to the opinion maintained in the present work the question as to the liability of the buyer for dealing with the goods has been formulated on the basis of a false premise. The view that rescission retroactively dissolves the contract has resulted in the question being put as follows: Can the buyer be made responsible for damage suffered by the seller on account of the disposition? The notion that rescission works a retroactive dissolution of the contract is, however, a mere auxiliary theory of the law—a theory which is descriptive of the fact that the

rescission embraces past performance as well. It is hard to accept the idea that a dealing by the buyer with the goods *before* rescission should be an infringement of the seller's interest in the goods. The true question is: How far does the seller's responsibility for the breach of contract and its consequences extend? The buyer's liability can only be fixed at the loss remaining after the portion representing the seller's liability has been subtracted from the total loss. And the seller's liability should be determined on the basis of two considerations. The first is the object of the remedy of rescission, namely to give the buyer financial compensation for the breach of contract and its consequences—it is no object of rescission, however, to restore the innocent party to the position which would have obtained if there had been no contract, if this means that he will be better placed than if the contract had been correctly performed. And the second consideration is that account should be taken of the recognized principles of the general law of contract as to the liability of persons causing damage. The result arrived at is that the seller's liability should be limited to damage directly or indirectly caused by the breach of contract or arising from the actual execution of the remedy of rescission.

This principle for the incidence of responsibility as between the parties is then tested on various types of dealings with goods; it is found that the principle, on the whole, gives a satisfactory result. By extending the liability of the seller to *indirect* consequences of the breach, those cases will be covered where the buyer's disposition has miscarried and led to loss precisely by reason of the goods falling below contractual standards. Loss due to preliminary adaptation of the goods or similar acts done by the buyer should be borne by the seller. For such loss cannot be regarded as having arisen until the rescission is effectuated, as a result of which the goods will get into the hands of a party who may be unable to utilize the additional value created by the preliminary acts. But if the buyer has exploited the value of the goods in the normal way or has spoiled this value through careless treatment, then the dealing will be a bar to rescission. In the writer's view, this principle for the allocation of the parties' liability is consistent with the wording of the Swedish Sale of Goods Act and its *travaux préparatoires*. There is also some support for it in decided cases.

The same principle for the incidence of responsiblity ought, in the writer's opinion, to apply when the change in the goods brought about by the buyer's dealing with them is not sufficiently substantial to prevent rescission, so that the question arises whether the buyer should be obliged

to pay compensation for depreciation. The matter has not been viewed from this angle, however. Not even in those systems where the buyer's dealing with the goods constitutes an absolute bar to rescission, regardless of the conditions attendant on the dealing—not even in those systems has it been found proper to saddle the buyer with a liability to pay compensation of the kind indicated. Via the doctrine that rescission works retroactively, the conclusion has been drawn that the problem should be dealt with in accordance with the rules of quasi-contract and injust enrichment, with the result that the buyer cannot be made liable to pay any compensation or, at any rate, only an indemnity limited to the amount of the net profit. The question of the buyer's liability to pay compensation is dealt with in Paragraph B of Section I.

In the writer's opinion, the bar to rescission and the duty to pay compensation are two methods of enforcing the buyer's liability in respect of damage caused by his dealing with the goods. In Paragraph C of Section I the problem is discussed which method should be employed in various situations. It is argued, for instance, that the buyer should be free to deal with part, and even a substantial part, of the goods and yet keep the right of rescission—provided the dealing took place *before rejection.*

The question of the incidence of the risk *(periculum)* when the buyer is entitled to rescind is dealt with in Section II. In many systems this question too has been solved on the basis of principles of unjust enrichment. The writer attempts to approach this problem from a new angle, namely the existing rules concerning the risk in other situations. Particular attention is paid to rules extending the period of risk, especially the so-called principle of *casus mixtus cum culpa.*

The writer also examines the special rule which permits the buyer to reject the goods in spite of a deterioration or other change which is due to the inherent qualities of the goods. In the writer's view, this rule is superfluous in so far as the deterioration is due to the fact that the goods delivered are not according to contract. For it cannot reasonably be maintained that a circumstance which is a ground of rejection (viz. the defect) should at the same time constitute a bar to rescission (by making *restitutio in integrum* impossible). When the rule is applied to cases where the deterioration cannot be attributed to a breach of the terms as to quality, but is due to the perishable nature of the goods—then the rule is, however, a manifestation of the idea mentioned above that the plaintiff should not be deprived of his right of rescission unless he has been guilty of some fault.

In Section III, finally, a study is made of certain special rules in systems outside Scandinavia giving a right of rescission on grounds other than a failure to comply with the terms of the contract. It is a feature of these rules that the legal relations are liquidated according to principles which are more favourable to the defendant than is otherwise the case.

(Translated by jur. lic. Ulf Holmbäck, Uppsala.)

Källor och litteratur

Arbeten till vilka hänvisning skett endast en eller ett par gånger har inte alltid medtagits. Tidskrifter och rättsfallssamlingar återfinns i förkortningslistan.

Förslag till handels-balk och utsökningsbalk m. m. (Af. lagberedningen.) Sthlm 1850.

Förslag till lag om köp och byte af lös egendom. Sthlm 1903.

The Law Reports. Lond. (Cit. L.R.)
Appeal cases before the House of Lords, the Judicial Committee of the Privy Council and peerage cases. (Cit. A.C.)
King's Bench Division and on appeal therefrom in the Court of Appeal... (Cit. K.B.)
Queen's Bench Division and on appeal therefrom in the Court of Appeal... (Cit. Q.B.)

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd 2. Recht der Schuldverhältnisse. Berl. und Lpz. 1888. (Cit BGB, Motive.)

Motiver til Udkast til lov om Kjøb m. m. Kristiania 1904. (Cit. N mot.)

Nya lagberedningens förslag till lag om köp och byte m. m. (Afg. den 31 dec. 1894.) (Cit. NLB.)

Udkast til Lov om Køb med tilhørende Bemærkninger. Khvn 1904. (Cit. D mot.)

Almén, T., Om köp och byte av lösegendom. Kommentar till lagen den 20 juni 1905. 4 uppl. ombesörjd av R. Eklund. Sthlm 1960. (Cit. Almén.)

Andenæs, J., Konkurrerende skadeårsaker. (TfR 1941 s. 241 ff.)

Andersen, Kr., Kjøpsrett. Oslo 1962.

Arnholm, C. J., Alminnelig avtalerett. Oslo 1949.

—, Passivitetsvirkninger. Et bidrag til læren om de rettsstiftende kjensgjerninger. Oslo 1932.

Atiyah, P. S., The sale of goods. 2nd ed. Lond. 1963. (Cit. Atiyah.)

Atiyah, P. S. and Treitel, G. H., Misrepresentation Act 1967 (30 M.L.R. s. 369 ff.)

Augdahl, P. A., Den norske obligasjonsretts almindelige del. 3 utg. Oslo 1963. (Cit. Augdahl, Alm.del.)

Bengtsson, B., Hävningsrätt och uppsägningsrätt vid kontraktsbrott. Sthlm 1966. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning. XLVIII.) (Cit. Bengtsson.)

Benjamin, J. Ph., A treatise on the law of sale of personal property with references to the french code and civil law. 8th ed. by D. L. Finnemore and A. E. James. Lond. 1950. (Cit. Benjamin.)

Blomeyer, A., Der "Anspruch" auf Wandlung oder Minderung. (AcP 1950/1951 s. 97 ff.)
Bolding, P. O., Bevisbördan och den juridiska tekniken. Ak. avh. Upps. 1951.
Bomgren, G., Utgör köparens insolvens anteciperad mora? (SvJT 1942 s. 289 ff.)
Bramsjö, S., Om avtals återgång. En studie över innehållet i återgångspåföljden. Ak. avh. Lund 1950. (Cit. Bramsjö.)
Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Begr. von Hs. Th. Soergel. Bd 2. Schuldrecht I. 10. Aufl. Stuttgart, Berl., Köln, Mainz 1967. (Cit. Soergel.)
Carlson, G., Några ord om en föreslagen ändring i 39—40 §§ köplagen. (SvJt 1924 s. 65 ff.)
Capitant, H., De la cause des obligations. 2e éd. Paris 1924. (Cit. Capitant, La cause.)
Cassin, M. R., Reflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution. (Rev. trim. 1945 s. 166 ff.)
Chesire, G. C., and Fifoot, C. H. S., The law of contract. 7th ed. Lond. 1969. (Cit. Chesire and Fifoot.)
Chitty, J., The law of contracts. Vol. 1. General Principles. Vol. 2. Specific Contracts. 22nd ed. Lond. 1961 with suppl 1—6. (Cit. Chitty, General Principles resp. Specific Contracts.) 23rd ed. Lond. 1968. [Cit. Chitty (1968).]
Colin, A., et Capitant, H., Cours élémentaire de droit civil français. 10e éd. par L. Julliot de La Morandière. T. 2. Paris 1948. (Cit. Colin et Capitant.)
Corenblit, M., Critique de la distinction entre les contrats à exécution instananée et les contrats à exécution successive au point de vue de l'application de articles 1183 et 1184 C. civ. Thèse. 1940.
Drake, C. D., Fundamentalism in contract. (30 M.L.R. s. 531 ff.)
Ekelöf, P. O., Juridisk slutledning och terminologi. (TfR 1945 s. 213 ff.)
—, Om begagnandet av termen rättighet inom juridiken. (Festskrift till Ekeberg. Sthlm 1950. S. 151 ff.)
—, Om interventionsgrunden. Upps. 1937.
—, Rättegång. 4 häftet. Sthlm 1968. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning. XXXVIII.) (Cit. Ekelöf, Rättegång IV.)
—, Till frågan om rättighetsbegreppet, en replik. (TfR 1946 s. 309 ff.)
—, Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? Lund 1951. (Skrifter utgivna av den juridiska fakulteten i Lund. XIV.)
Eklund, R., Något om säljarens leveransskyldighet vid köparens insolvens. (SvJT 1942 s. 664 ff.)
Enneccerus, L., Recht der Schuldverhältnisse. Ein Lehrbuch. 15. Bearb. von H. Lehmann. Tüb. 1958. (Enneccerus, L., Kipp, Th., Wolff, M., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Bd.) (Cit. Enneccerus-Lehmann.)
Gaardner, K., Forelesninger over kjøp. 4 utg. Oslo 1966. (Cit. Gaardner.)
Hasle, H. og Nebelong, B., Løsørekøb. Kommentar til lov om køb af den 6 april 1906. Khvn 1949. (Cit. Hasle og Nebelong.)
Hellner, J., Beräkning och begränsning av skadestånd vid köp. (TfR 1966 s. 290 ff.)
—, Köprätt. Kortfattad lärobok. 3 uppl. Sthlm 1967. (Cit. Hellner, Köprätt.)

—, Om obehörig vinst . . . Ak. avh. Upps. 1950. (Cit. Hellner, Obehörig vinst.)
—, P.M. angående ett vid 1964 års köplagskonferens i Haag upprättat förslag till enhetlig lag om internationella köp av lösa saker. På justitiedepartementets uppdrag utarbetad. Sthlm 1966. (Stencil.) (Cit. Hellner, P.M.)
Holmbäck, U., Studier i förutsättningslärans terminologi. Lic.avh.. 1969. Uppsala (Stencil.)
Houin, R., La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux. Thèse. Paris 1937. (Cit. Houin.)
Hult, Ph., Perpetuatio obligationis. (Festskrift till Ussing. Khvn 1951. S. 165 ff.)
—, Regel, standard och skön. (Festskrift till Nils Stjernberg. Sthlm 1940. S. 128 ff.)
—, Till frågan om konkurrerande skadeorsaker. (Festskrift till Engströmer. Upps. 1943. S. 65 ff.)
Illum, K., Henry Ussings Forfatterskab. (UfR 1946 B s. 115 ff.)
Jambu-Merlin, M. R., Essai ur la rétroactivité dans le actes juridiques. (Rev. trim. 1948 s. 271 ff.)
Jørgensen, S., Forudsætning og mangel. (UfR 1962 B s. 157 ff.)
—, Misligholdelse. (TfR 1963 s. 449 ff.)
Karlgren, Hj., Avtalsrättsliga spörsmål. Sthlm 1953. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning. VI.)
—, Kollegium i allmän obligationrätt. I. Anteckningar efter professor Hj. Karlgrens föreläsningar. I. Lund 1959. (Stencil.) (Cit. Karlgren, Kollegium i allmän obligationsrätt.)
—, Passivitet. En köprättslig och allmänt avtalsrättslig studie. Sthlm 1965. (Cit. Karlgren, Passivitet.)
—, "Perpetuatio obligationis". (TfR 1955 s. 361 ff.)
Skadeståndsrätt. 3 uppl. Sthlm 1965. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning. I.)
—, Studier i allmän avtalsrätt. Lund 1935. (Cit. Karlgren, Studier.)
—, "Utan det vises, att det honom till nytta använt är." (HB 18 kap. 3 § in fine.) (Minnesskrift ägnad 1734 års lag. II. Sthlm 1934. s. 631 ff.) (Cit. Karlgren,, "Utan det vises . . .")
—, Utlåtandet av sakkunniga för tillsättning av professuren i civilrätt vid Stockholms universitet. Sthlm 1965. (Stencil.) (Cit. Karlgren, sakkunnighetsutlåtande 1965.)
—, Anm. av Henry Ussing, Dansk obligationsrätt. Alm. del. (TfR 1938 s. 457 ff.)
Knoph, R., Rettslige standarder. Særlig grunnlovens § 97. Oslo 1939. (Cit. Knoph, Rettslige standarder.)
Lagergren, G., Delivery of the goods and transfer of property and risk in the law of sale. A comparative study. Sthlm 1954. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning. V.) (Cit. Lagergren, Delivery of the goods.)
Larenz, K., Lehrbuch des Schuldrechts. Bd 1. 9. aufl. Münch. 1968. Bd. 2. 8. Aufl. Münch. und Berl. 1967. (Cit. Larenz, I, II.)
Lassen, Jul., Haandbog i obligationsretten. Almindelig del. 3 udg. Khvn 1917—20. (Cit Lassen, Alm. del.)
—, —, Khvn 1892. (Cit. Alm. del. 1892.)

—, Ussing, H., Haandbog i obligationsretten. Spec. del. I. Gave, køb og bytte. Khvn 1923. (Cit. Lassen—Ussing, Spec. del.)
—, Haandbog i obligationretten. Spec. del. Khvn 1897. (Cit. Lassen, Spec. del 1897.)
—, Til læren om kjøb. (TfR 1916 s. 1 ff.)
Lepeltier, E., La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations. Thèse. Paris 1934. (Cit. Lepeltier.)
Marks von Würtenberg, E., Köplagen i tillämpning ett kvarts sekel. (SvJT 1932 s. 130 ff.)
—, Lagen om skuldebrev jämte dithörande författningar. 3 uppl. ombesörjd av F. Sterzel. Sthlm 1953.
Maury, J., Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français. T. 1 et 2. Thèse. Paris 1920. (Cit. Maury I, II.)
Mazeaut, H. L. et J., Leçons de droit civil. T. 2. Paris 1956. (Cit. Mazeaut.)
Mezger, E., Rechte und Pflichten des Käufers einer gestohlenen Sache. (JZ 1953 s. 67 ff.)
Møller, E., Forudsætninger. Bidrag til belysning af principerne for Retshandlers afhængighed af parternes forudsætninger. Khvn 1894. (Cit. Møller, Forudsætninger.)
Nial, H., Om förvärv i strid mot legala förbund. (TfR 1936 s. 1 ff.)
Palmgren, G., Om påföljderna av säljarens mora. Ak. avh. Hfors 1936. (Cit. Palmgren, Säljarens mora.)
Persson, U., Skada och värde. Ak. avh. Lund 1953.
Planiol, M. et Ripert, G., Traité pratique de droit civil français. T.6. Obligations 1e partie. 2e éd. par P. Esmein. Paris 1952. (Cit. Planiol et Ripert VI (Esmein).] T.7. Obligations. 2e partie. 2e éd. avec le concours de P. Esmein, J. Radouant, G. Gabolde. Paris 1954 (Cit. Planiol et Ripert VII.) T.10. Contrats civils. 1e partie. 2e éd. par J. Hamel.. Paris 1956. [Cit. Planiol et Ripert X (Hamel).]
Portin, G., The Doctrine on Non-acceptance (Mora Accipiendi). (Scand. Studies 1964 s. 202 ff.)
Pound, R., An introduction to the Philosophy of law. Rev. ed. New haven 1959. (Cit. Pound, Philosophy of law.)
Rabel, E., Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung. Bd 1. Berl. u. Lpz. 1957. (Omtryck från 1936.) (RabelsZ 9, Sonderh.) Bd 2. Berl. u. Tüb. 1958. (Cit. Rabel I, II.)
Ripert, G. et Boulanger, J., Traité de droit civil d'apres le traité de Planiol. T.2. Paris 1957. (Cit. Ripert et Boulanger.)
Rodhe, K., Obligationsrätt. Sthlm 1956. (Institutet för rättsvetenskaplig forskning. XI.) (Cit. Rodhe.)
—, Om begreppet hävning av avtal. (Festskrift till Ussing. Khvn 1951. S. 458 ff.) (Cit. Rodhe, Begreppet hävning.)
—, The quantum of damages under the Scandinavian Sale of Goods Act. (Scand. Studies 1966 s. 149 ff.)
Ross, A. Tû-Tû. (Festskrift till Ussing. Khvn 1951. s. 468 ff.)
Ruud, M. og Lando, O., The uniform commercial code. Om dens almindelige principper og nogle af dens regler om køb. (UfR 1965 s. 3 ff.)

Schrevelius, F., Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civilrätt. 2. Förmögenhetsrätten. 2 uppl. Lund 1857. (Cit. Schrevelius, Civilrätt II.)
Schwenn, H., Die Gefahrtragung beim Rücktritt. (AcP 1952/1953 s. 138 ff.)
Soergel, se Bürgerliches Gesetzbuch.
Stang, F., Av kontraktsrettens specielle del. Gave, kjøp, avbetalningskjøp, Bytte. Forelesninger. Utg. av E. Solem. Oslo 1942. (Cit. Stang—Solem.)
Staudinger, J., J. v Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd 2. Recht der Schuldverhältnisse. 11. aufl. Berl. 1955. (Cit. Staudinger.)
Strahl, I, Till frågan om rättighetbegreppet. (TfR 1946 s. 204 ff. och 1947 s. 481 ff.)
Sundberg, J., Om ansvaret för fel i lejt gods. Sthlm 1966.
Titze, H., Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. Lpz. 1900. (Cit. Titze, Unmöglichkeit der Leistung.)
Treitel, G. H., Some problems of breach of contract. (30 M.L.R. s. 139 ff.)
Undén, Ö., Svensk sakrätt. I. Lös egendom. 6 uppl. Lund 1969. (Cit. Undén, Sakrätt I.)
Uniform Commercial Code. The American Law Institute. 1962 official text with comments. Philadelphia and Chicago 1963. (Cit. UCC.)
Ussing, H., Aftaler paa formuerettens omraade. 3 udg. Khvn 1950. (Cit. Ussing, Aftaler.)
—, Alméns lære om køberens insolvens. (SvJt 1942 s. 509 ff.)
—, Bristende forudsætninger. Bidrag til læren om formueretlige tilsagn. Khvn 1918. (Cit. Ussing, Bristende forudsætninger.)
—, Køb. 3 udg. ved A. Vinding Kruse. Khvn 1962. (Cit. Ussing, Køb.)
—, Obligationsretten. Almindelig del. 4 udg. ved A. Vinding Kruse. Khvn 1961. (Cit. Ussing, Alm. del.)
Vahlén, L., Bör förutsättningsläran avskaffas? (TfR 1953 s. 394 ff.)
—, Formkravet vid fastighetköp. Ak. avh. Sthlm 1951. (Cit. Vahlén, Formkravet.)
Williston, S., A treatise on the law of contracts. 3rd ed. by H. E. Jæger. Mount Kisco, N.Y. 1957. (Cit. Williston, On contracts.)
—, The law governing Sales of Goods at common law and under the Uniform Sales Act. Rev. ed. Vol 1—4. N.Y. 1948. With suppl. 1968. (Cit. Williston, On sales.)
Wilson, J. F., Principles of the Law of Contract. Lond. 1957. (Cit. Wilson.)
Vinding Kruse, A., Adækvansproblemet i erstatningsretten. (TfR 1951 s. 321 ff.)
—, Misligholdelse af ejendomskøb. Khvn 1954. (Cit. Vinding Kruse, Misligholdelse.)
—, Restitutioner. Et bidrag til undersøgelsen af berigelsegrundsætningen i dansk og fremmed ret. Ak. avh. Khvn 1950. (Cit. Vinding Kruse, Restitutioner.)
Winroth, A. O., Köp av lös egendom. Efterlämnat manuskrift, efter förf:s död utg. av K. Lamm. Sthlm 1917. (Cit. Winroth, Köp.)
Wolf, E., Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden. (AcP 1954 s. 97 ff.)
Wunner, S. E., Die Rechtsnatur der Rückgewährpflichten bei Rücktritt und auflösender Bedingung mit Rückwirkungsklausel. (AcP 1968 s. 424 ff.)

Citerade nordiska rättsfall

NJA

1878 s. 65 325
1902 s. 3 325
1904 s. 72 75
1908 s. 316 113
1909 s. 627 167
1910 s. 380 116
s. 397 167
1912 s. 352 113
1913 s. 315 197
s. 549 309
s. 553 113
1914 s. 190 325
s. 589 181
1915 s. 495 332
s. 508 38
1916 s. 428 266 f., 271
s. 505 75, 166
s. 583 113
1917 s. 54 167
s. 109 38
s. 556 167
1918 s. 121 268 f.
s. 553 167
1919 s. 439 96
s. 486 39
A 296 75, 104
A 356 39
A 489 75
1920 s. 1 95, 102 ff., 158
s. 224 78
s. 248 38
s. 632 103 ff., 158
1923 s. 266 325
1924 s. 343 245
s. 346 93 ff., 101, 123
s. 465 75
s. 562 117
1925 s. 50 181, 197
s. 151 189
s. 354 95
1927 s. 166 197
s. 560 113
1929 s. 212 166
s. 556 38 f.
1931 s. 416 75
1932 s. 308 293, 301, 312 f.
A 319 189 f.
1934 s. 477 42, 74 f.
s. 533 309 f.
1935 s. 57 5
A 48 137
1936 s. 689 63
1937 s. 113 58
s. 264 283
s. 273 103
A 104 58
1938 s. 273 336
s. 318 5, 58, 73, 271 ff., 276, 339
1939 s. 588 272
A 256 58
1941 s. 159 293
s. 525 174, 307 f.
A 148 58
1942 s. 649 206, 212 f., 215
s. 653 75
1943 s. 689 76, 106 f., 215
A 90 58
A 149 58
1944 s. 237 117
1945 s. 147 120
1946 s. 602 215
A 276 96
1947 s. 54 213
1949 s. 680 336
s. 750 293
1950 s. 5 319
s. 650 282
1951 s. 271 283
s. 365 319
s. 600 120
1953 s. 14 38 f., 41 f.
s. 409 319
s. 602 96
1957 s. 337 325

1958 s. 629 336
1961 s. 330 5
1963 s. 136 120
1968 s. 17 319
A 3 58

SvJT
1916 s. 178 nr 1 332

UfR
1912. 857 264
1916. 67 H 95, 102
1917. 337 104
1929. 88 H 255
1930. 723 46
. 879 310 f.
1931. 539 107 f.
1933. 293 H 75
. 524 75 f.
. 624 H 120
1935. 1 063 H 46, 58, 273
1936. 514 H 108
. 1 092 H 310
1941. 1 141 60
1948. 1 071 H 75
1951. 212 78
. 1 115 262
1952. 832 75
. 836 75
. 1 125 113
1954. 8 H 336
. 50 58
1955. 957 102
1958. 379 H 75, 166
1963. 996 H 273, 308
1968. 828 273

NRt
1922 s. 308 262
1924 s. 1 199 119
1927 s. 608 210 f.
1928 s. 261 120
1935 s. 282 255
1941 s. 478 108, 215
1943 s. 428 255
1954 s. 177 58
1965 s. 91 273
1966 s. 996 336

Citerade engelska och amerikanska rättsfall

Freeth v. Burr
(1874) L. R. 9 C.P. 208; 43 L.J.C.P. 91
referat efter Benjamin s. 729 — 220 f., 227

Hoare v. Rennie
(1859) 5 H. & N. 19; 29 L.J. Ex. 73;
120 R. R. 453
referat efter Benjamin s. 732 — 222 ff.

Honck v. Muller
(1881) 7 Q.B. 92 — 222 ff.

Maple Flock Co., Ltd. v. Universal Furniture Products (Wembley), Ltd.
(1934) 1 K.B. 148 — 221, 225, 226, 228

Mersey Steel and Iron Co. v. Naylor
(1884) 9 A.C. 434 — 221, 225, 227

Ruben (E. & S.), Ltd. v. Faire Bros. & Co., Ltd.
(1949) 1 K.B. 254 — 250

Simpson v. Crippin
(1872) 8 Q.B. 14 — 222 ff.

Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale
(1967) 1 A.C. 361 — 278

Norrington v. Wright
(1885) 115 U.S. 189 — 224, 225, 227 f.

STUDIER I KÖPRÄTT

NORSTEDTS
[70008]